

J. rom. m.

243. no

Hammerstein Les moiel.
Das Fideikommiss auf d. Oberrest.

J. rom. m. Hammerstein-Germold

243nd

1855

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Einleitung

Das
Fideikommiss auf den Ueberrest.

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Georg-Augusts-Universität
zu Göttingen

vorgelegt von

Carl Freiherr von Hammerstein - Gesmold,
Referendar.

Göttingen,

Druck der Univ. - Buchdruckerei von W. Fr. Kaestner.

1896.



Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.

Walter Lippett, Editor

in *Political Science*

Inhalt.

A. Einleitung.

B. Das klassisch - römische Recht :

1. Die Anordnung des Fideikommisses auf den Ueberrest.
2. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution:
 - a. Die Art des Erwerbes,
 - b. Die Rechte des Fiduciars;
 - c. Die Pflichten des Fiduciars;
3. Die Restitution des Fideikommisses;
4. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution.

C. Das heute geltende Recht der Novelle 108:

1. Allgemeines;
2. Die Anordnung des Fideikommisses auf den Ueberrest;
3. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution:
 - a. Die Art des Erwerbes;
 - b. Die Rechte des Fiduciars;
 - c. Die Pflichten des Fiduciars;
 - d. Insbesondere: Die Rechte und Pflichten des Fiduciars nach dem Grundbuchrechte;
4. Die Restitution des Fideikommisses;
5. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution.

D. Die übrigen in Deutschland geltenden Rechte:

1. Allgemeines;
2. Das Preussische Recht;
3. Das Sächsische Recht;
4. Das Bayerische Recht;
5. Das Oesterreichische Recht;
6. Das Französische Recht;
7. Das Badische Recht;

E. Das bürgerliche Gesetzbuch.

F. Schlusswort.

(Inhalt)

A. Einleitung	1
B. Die Entstehung der christlichen Kirche	2
1. Die Apostel und die ersten Christen	2
2. Die Entwicklung der Kirche im ersten Jahrhundert	3
3. Die Mission der Kirche	4
4. Die Organisation der Kirche	5
5. Die Lehre der Kirche	6
6. Die Ethik der Kirche	7
7. Die Liturgie der Kirche	8
8. Die Kunst der Kirche	9
9. Die Wissenschaft der Kirche	10
10. Die Philosophie der Kirche	11
11. Die Theologie der Kirche	12
12. Die Geschichte der Kirche	13
13. Die Gegenwart der Kirche	14
14. Die Zukunft der Kirche	15
C. Die Kirche in der Gegenwart	16
1. Die Kirche in der Gegenwart	16
2. Die Kirche in der Zukunft	17
3. Die Kirche in der Gegenwart	18
4. Die Kirche in der Zukunft	19
5. Die Kirche in der Gegenwart	20
6. Die Kirche in der Zukunft	21
7. Die Kirche in der Gegenwart	22
8. Die Kirche in der Zukunft	23
9. Die Kirche in der Gegenwart	24
10. Die Kirche in der Zukunft	25
11. Die Kirche in der Gegenwart	26
12. Die Kirche in der Zukunft	27
13. Die Kirche in der Gegenwart	28
14. Die Kirche in der Zukunft	29
15. Die Kirche in der Gegenwart	30
16. Die Kirche in der Zukunft	31
17. Die Kirche in der Gegenwart	32
18. Die Kirche in der Zukunft	33
19. Die Kirche in der Gegenwart	34
20. Die Kirche in der Zukunft	35
21. Die Kirche in der Gegenwart	36
22. Die Kirche in der Zukunft	37
23. Die Kirche in der Gegenwart	38
24. Die Kirche in der Zukunft	39
25. Die Kirche in der Gegenwart	40
26. Die Kirche in der Zukunft	41
27. Die Kirche in der Gegenwart	42
28. Die Kirche in der Zukunft	43
29. Die Kirche in der Gegenwart	44
30. Die Kirche in der Zukunft	45
31. Die Kirche in der Gegenwart	46
32. Die Kirche in der Zukunft	47
33. Die Kirche in der Gegenwart	48
34. Die Kirche in der Zukunft	49
35. Die Kirche in der Gegenwart	50
36. Die Kirche in der Zukunft	51
37. Die Kirche in der Gegenwart	52
38. Die Kirche in der Zukunft	53
39. Die Kirche in der Gegenwart	54
40. Die Kirche in der Zukunft	55
41. Die Kirche in der Gegenwart	56
42. Die Kirche in der Zukunft	57
43. Die Kirche in der Gegenwart	58
44. Die Kirche in der Zukunft	59
45. Die Kirche in der Gegenwart	60
46. Die Kirche in der Zukunft	61
47. Die Kirche in der Gegenwart	62
48. Die Kirche in der Zukunft	63
49. Die Kirche in der Gegenwart	64
50. Die Kirche in der Zukunft	65
51. Die Kirche in der Gegenwart	66
52. Die Kirche in der Zukunft	67
53. Die Kirche in der Gegenwart	68
54. Die Kirche in der Zukunft	69
55. Die Kirche in der Gegenwart	70
56. Die Kirche in der Zukunft	71
57. Die Kirche in der Gegenwart	72
58. Die Kirche in der Zukunft	73
59. Die Kirche in der Gegenwart	74
60. Die Kirche in der Zukunft	75
61. Die Kirche in der Gegenwart	76
62. Die Kirche in der Zukunft	77
63. Die Kirche in der Gegenwart	78
64. Die Kirche in der Zukunft	79
65. Die Kirche in der Gegenwart	80
66. Die Kirche in der Zukunft	81
67. Die Kirche in der Gegenwart	82
68. Die Kirche in der Zukunft	83
69. Die Kirche in der Gegenwart	84
70. Die Kirche in der Zukunft	85
71. Die Kirche in der Gegenwart	86
72. Die Kirche in der Zukunft	87
73. Die Kirche in der Gegenwart	88
74. Die Kirche in der Zukunft	89
75. Die Kirche in der Gegenwart	90
76. Die Kirche in der Zukunft	91
77. Die Kirche in der Gegenwart	92
78. Die Kirche in der Zukunft	93
79. Die Kirche in der Gegenwart	94
80. Die Kirche in der Zukunft	95
81. Die Kirche in der Gegenwart	96
82. Die Kirche in der Zukunft	97
83. Die Kirche in der Gegenwart	98
84. Die Kirche in der Zukunft	99
85. Die Kirche in der Gegenwart	100

A. Einleitung.

Es ist eine im Rechtsleben häufig vorkommende und natürliche Erscheinung, dass ein Ehegatte die Vorteile seiner Erbschaft seinem ihn überlebenden Ehegatten zur freien Verfügung zuwenden, dasjenige aber, was nach dessen Tode noch übrig sein wird, seinen Kindern oder, falls solche nicht vorhanden sind, seinen Verwandten zukommen lassen will. Dies sind die häufigsten Fälle des sogenannten Fideikommisses auf den Ueberrest, wenn auch nicht die einzigsten. Vielmehr ist ein solches Fideikommiss in der verschiedenartigsten Gestaltung denkbar.

Mit der Herausgabe des Ueberrestes kann beschwert werden sowohl der Universalsuccessor, der Erbe oder Universalfideikommissar, als auch der Singularsuccessor, der Vermächtnisnehmer. Gegenstand des Fideikommisses kann der ganze Nachlass, eine Quote desselben oder eine Sache, z. B. eine Summe Geldes, ein Waarenlager, ein Grundstück sein, soweit solches noch vorhanden ist. Der Eintritt des Substitutionsfalles kann befristet sein, z. B. durch den Tod des Fiduciars, durch die Grossjährigkeit der Kinder. Er kann auch bedingt sein, z. B. durch den Fall der Wiederverheiratung des als Erben eingesetzten überlebenden Ehegatten.

Von allen diesen denkbaren Gestaltungen wollen wir den Hauptfall herausgreifen und zum Gegenstand der

Erörterung machen. Wir meinen den Fall, dass der Erblasser seinem „Erben“ die Herausgabe dessen an einen Dritten auferlegt, was bei seinem Tode von der „Erbenschaft“ noch übrig sein wird. Einerseits ist dieser grade der am häufigsten vorkommende Fall; andererseits werden sich die Grundsätze, welche von diesem gelten, leicht auf die anderen Fälle anwenden lassen.

Obwohl dieses Thema von grosser praktischer Bedeutung ist, hat es in der Litteratur, besonders in der gemeinrechtlichen, eine verhältnismässig geringe Beachtung gefunden und wird in den Lehrbüchern recht stiefmütterlich behandelt. Daher scheint es nicht ungerechtfertigt zu sein, wenn wir dieses Thema unter Heranziehung der vorhandenen Litteratur unserer Betrachtung unterstellen.

Es ist einleuchtend, dass bei einer solchen Anordnung des Testators der eingesetzte Erbe nicht völlig unbeschränkt über den Nachlass zum Nachteil des Fideikommissars verfügen darf. Es würde dem Willen des Erblassers, wie auch dem Rechtsgeföhle widerstreiten, wenn der Fiduciar kurz vor dem Termine der Herausgabe die Erbschaftsgegenstände vernichten oder verschleudern würde, nur damit der Fideikommissar nichts bekomme. Vor solcher Benachteiligung muss der Fideikommissar, falls dies durch die letztwillige Verfügung nicht schon geschieht, gesetzlich geschützt werden. Die Regelung dieses Erfordernisses ist von den Gesetzgebern im Laufe der Zeit verschieden durchgeführt worden.

Zuerst erwähnt wird die Anordnung eines Fideikommisses auf den Ueberrest in einem Reskript Mark Aurels (161—180 n. Chr.), auf welches Papinian in der l. 56 (54) D. ad SC. Trebell. 36,1 Bezug nimmt. Der Kaiser nimmt in seiner Entscheidung über die Bestimmung des Erblassers: „quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo,

restituas“, die Grundsätze an, welche vor ihm ein anderer Kaiser, vielleicht Antonnius Pius, bei einer ähnlichen Frage angewendet hat. Es mag der von Mark Aurel entschiedene Fall einer derartigen letztwilligen Verfügung der erste gewesen sein. In der Folgezeit scheint immerhin das Fideikommiss nur selten vorgekommen zu sein, da die Digesten es nur in wenigen von Papinian und Ulpian geschriebenen Stellen erwähnen. Zu Justinians Zeiten muss das Fideikommiss auf den Ueberrest mehr hervorgetreten sein und zu verwickelten Streitigkeiten Veranlassung gegeben haben, so dass Justinian sich veranlasst sah, durch eine Novelle (Nov. 108) das Institut völlig umzuändern und für die Praxis brauchbarer zu gestalten. Heutzutage ist das Fideikommiss auf den Ueberrest eine sehr häufige Erscheinung. Namentlich oft in der Fassung, dass Niessbrauch und Verwaltung eingeräumt und zugleich Verfügung über die Substanz gestattet wird. Sie ist jedenfalls die am häufigsten vorkommende Art des Universalfideikommisses.

Wir werden nun zuerst betrachten, wie das Fideikommiss auf den Ueberrest sich unter der Herrschaft des klassisch-römischen Rechtes gestaltete, dann, als den Hauptpunkt unserer Aufgabe, das jetzt geltende gemeine Recht auf Grund der Novelle 108 besprechen und zum Schluss die Bestimmungen der übrigen in Deutschland geltenden Partikularrechte und des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich anführen.

B. Das klassisch-römische Recht.

1. Die Anordnung des Fideikommisses auf den Ueberrest.

Das Fideikommiss auf den Ueberrest stellt sich in den Digesten als eine Unterart des Universalfideikommisses dar. Seine Anordnung geschieht daher nach den Regeln des Vermächtnisses, also in Testamenten, Codicillen und Oralfideikommissen. Nach denselben Regeln erfolgt der Widerruf, also formlos.

Der Wortlaut einer solchen Anordnung ist in den Quellen sehr verschiedenartig: *quod ex hereditate superfuisset*; *quidquid vel quantum superfuerit*; *quidquid vel quantacunque pecunia pervenit*; *quod ipsis morientibus superfuisset*; *quod superfuturum erit*; u. s. w.¹⁾.

Das mittelst dieser Formeln angeordnete Fideikommiss hat entweder den ganzen Ueberrest der Erbschaft oder eine Quote desselben zum Gegenstande.

Belastet werden kann jeder Successor des Erblassers, insbesondere der Testaments- oder Intestaterbe und der Universalfideikommissar.

Die Restitution des Fideikommisses ist regelmässig nicht notwendig an den Tod des Belasteten geknüpft.

2. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution.

a. Die Art des Erwerbes.

Der Erwerb des Fideikommisses auf den Ueberrest

1) Vgl. Dr. A. Mylius. *De fideicommisso sub clausula: Quidquid superfuerit, relicto*, ad l. 54 D. SC. Trebell. Lipsiae 1687. cap. I, no. 8. Dr. Th. Hagemann. *Praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*. Hannover 1809. Bd. 5, Erört. 50, S. 228.

als Universalfideikommisses geschieht nach den allgemeinen Regeln, welche vom Vermächtniserwerbe gelten.

Den Anfangstermin — dies cedens — bildet die Todeszeit des Erblassers. Mit diesem Zeitpunkt wird der Anspruch auf Herausgabe des Fideikommisses vererblich.

Damit dasselbe aber völlig zur Entstehung komme, muss die Erbschaft von dem Fiduciar-Erben erworben werden (dies veniens)¹⁾.

Aus der Universalfideikommissioneigenschaft ergibt sich, dass die Wirkungen des Erwerbes der Erbschaft im Wesentlichen von den allgemeinen Regeln vom Vermächtnisse abweichen. Mit dem Erbschaftsantritte des Fiduciars erlangt der Fideikommissar nur ein Forderungsrecht auf dereinstige Restitution des Ueberrestes, während er Eigentümer der Nachlasssachen erst durch die Restitution wird.

Nach dem Erbschaftserwerbe des Fiduciars steht dem Fideikommissar das Recht der Repudiation zu.

b. Die Rechte des Fiduciars.

Auf Grund der Bestimmung des Erblassers ist der Fiduciar Herr des Nachlasses. Er erwirbt als Erbe alle vererblichen Rechte seines Erblassers und wird daher Eigentümer aller Erbschaftssachen, Berechtigter der dinglichen Rechte an fremden Sachen und Gläubiger der Nachlassforderungen.

Da die Erbschaftsmasse und das eigene Vermögen des Fiduciars zu einem Ganzen zusammenschmelzen, erlöschen durch Konfusion alle Rechte des Fiduciars gegen

1) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 11 S. 258.

den Erblasser, sowohl dingliche Rechte als auch Forderungen.

Die Befugnis des Fiduciars über den Nachlass wie ein Eigentümer zu verfügen, ist durch den Willen des Testators dadurch beschränkt, dass er dem Fideikommissar das Uebrigbleibende hinterlassen soll. Hierin liegt unzweifelhaft das Verbot, von Todeswegen über den Nachlass zu verfügen.

Ob und inwieweit der Fiduciar Verfügungen unter Lebenden über den Nachlass treffen darf, ergibt sich aus der l. 56 (54) D. ad S. C. Trebell. 36, 1, welche von Papinian geschrieben ist. Nach dieser Stelle kann der Fiduciar veräussern und vermindern, soweit eine ordentliche Haushaltung es erfordert; vgl. l. 23 (22) § 4 D. ad. S. C. Trebell. 36, 1. Wird jedoch bewiesen, dass eine Veräusserung in der Absicht, das Fideikommiss zu vereiteln, vorgenommen worden ist, so soll das Veräusserte dem Fideikommissar restituirt werden. Denn bekanntlich liegt, wie Papinian sagt, in den Worten eines „Fideikommisses“ die Voraussetzung des guten Glaubens; vgl. auch Papinians Aeusserung in l. 3 § 2 D. de usur. 22, 1. Der Jurist bezieht sich auf eine Entscheidung des Kaisers Markus, gemäss welcher der Fiduciar nach dem arbitrium boni viri handeln soll. Er soll, falls er zugleich eigenes Vermögen besitzt, alle aus der Erbschaft gemachten Ausgaben verhältnissmässig auf das eigene und das Fideikommiss-Vermögen schlagen. Diese Grundsätze hat der Kaiser aus einem ähnlichen Fall übernommen, in welchem ein früherer Kaiser entschieden hat.

Nach dem prätorischen Edikt mussten die emancipati, welche gesetzliche Erben geworden waren, den sui, die durch das prätorische Miterbenrecht der emancipati benachtheiligt wurden, ihr ganzes zur Zeit des Todes des

Erblassers vorhandenes Vermögen konferieren. Ihr militärisches Vermögen war hiervon jedoch befreit. Diese Bestimmung konnte von den emancipati leicht zum Nachteil der sui benutzt werden; indem sie für ihre Ausgaben nur das bürgerliche Vermögen angriffen, das militärische Vermögen jedoch unangetastet liessen oder gar vermehrten. So konnte es kommen, dass sie beim Tode des Erblassers nichts mehr zu konferieren hatten. Diesem Dolus trat die Entscheidung des Kaisers entgegen, indem sie bestimmte, dass der Soldat die Ausgaben nicht bloss von dem zu konferirenden Vermögen, sondern auch verhältnismässig von dem Sondergute abziehen müsse¹⁾.

Mit Papinian übereinstimmend entscheidet Ulpian in der l. 25 § 16 D. de hered. pet. 5, 3, bei der Besprechung eines zwar nicht gleichartigen, aber ähnlichen Falles. Es wird die Frage aufgeworfen, ob der redliche Besitzer einer Erbschaft, welcher notwendige Ausgaben und gewohnte Bedürfnisse — *statuti sumptus*²⁾ — nur mit Erbschaftssachen bestreitet, diese Ausgaben nur auf die Erbschaft berechnen darf, oder sie verhältnismässig auf die Erbschaft und das eigene Vermögen verteilen muss. Ulpian entscheidet sich für das Letztere und bezieht sich hierbei auch auf das Reskript Mark Aurels, in welchem der Fall behandelt wird, dass derjenige, qui rogatus erat quod sibi superfuisset ex hereditate reddere, zufällig, nicht minuendi fideicommissi causa seine Ausgaben aus der Erbschaft allein bestritten hat. Hier soll verhältnismässige Teilung stattfinden.

1) Vergl. D. E. Chr. Westphal, Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideikommissen. Leipzig 1791. Th. II. § 1672. S. 1146 und 1147.

2) Dr. Chr. Fr. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Commentar. Erlangen 1804. Bd. 7, S. 559, Note 78.

Das Resultat, welches wir aus den bezeichneten Digestenstellen ziehen, ist folgendes:

1. Der Fiduciar darf ex iusta causa die Erbschaftsmasse veräußern und vermindern;

2. Doch muss er solche Ausgaben verhältnismässig auf das Fideikommiss- und das etwaige eigene Vermögen anrechnen; wenn z. B. der Fiduciar ein eigenes Vermögen von 20000 besitzt, und das Fideikommissvermögen 10000 beträgt, und er 6000 verbraucht, so soll er auf das erstere 4000, auf das letztere 2000 anrechnen.

3. Für dasjenige, was er zur Schädigung oder Ver-eitelung des Fideikommisses vornimmt, muss er Ersatz leisten.

Aus diesen Sätzen ergibt sich des Näheren folgendes:

Vor allem ist der Fiduciar befugt, Erbschaftsgegenstände z. B. Wein, Früchte oder Geld für seinen und der Seinigen Unterhalt aufzuzehren.

Ferner darf er gutgläubig das Eigentum an Erbschafts-sachen auf andere übertragen. Das gesetzliche Veräußerungsverbot, welches bei den Vermächtnissen sonst besteht, findet hier nach dem Willen des Erblassers keine Anwendung.

Insbesondere darf der Fiduciar Erbschaftsgegenstände verkaufen und vertauschen. Das Kaufgeld und die etwa mit demselben angeschafften Sachen, sowie die eingetauschten oder mit Erbschaftskapital erworbenen oder die erst veräußerten und dann wiedererworbenen Gegenstände fließen ins Erbschaftsvermögen. Dies geht hervor aus l. 70 § 3 D. de legat. II: Cum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse quae vendidit non videtur, und l. 71 eod.: sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restitueretur. —

Der Fiduciar darf nichts ins eigene Vermögen verwenden. Ebenso ist es, wenn er Erbschaftskapital oder den Kaufpreis verzinslich ausleiht oder mit demselben eigene Schuldner bezahlt, denn der Kaufpreis ist noch im Vermögen des Fiduciars (vgl. l. 20 D. quod met. caus. 4,2) und gilt deshalb als aus dem Fideikommissvermögen nicht ausgeschieden. Papinian sagt in l. 72 D. de legat. II: Idem servandum erit et si proprios creditores ex ea pecunia dimiserit: non enim absumitur, quod in corpore patrimonii retinetur¹⁾. Es gilt demnach der Satz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Verschenkt der Fiduciar Nachlasssachen, so kann der Fideikommissar anfechten, falls er den animus intervertendi fideicommissi nachweist. Meist wird bei Schenkungen solche rechtswidrige Absicht vorliegen²⁾.

Endlich steht es dem Fiduciar frei, die Erbschaftsachen in ihrem Werte gutgläubig zu vermindern. Er kann dieselben verpfänden und Grundstücke mit Servituten belasten³⁾.

c. Die Pflichten des Fiduciars.

Als Eigentümer aller Nachlasssachen ist der Fiduciar-Erbe durch Servituten und Pfandrechte, welche auf diesen Sachen ruhen, beschränkt, und ist Schuldner der Nachlassschulden. Durch Confusion erlöschen alle dinglichen und persönlichen Rechte des Erblassers gegen ihn.

1) Vgl. Aug. Reichardt. De fideicommisso eius quod superfuturum erit. Jenae 1785. § 6. S. 10.

2) Vergl. J. A. Seuffert. Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 8, 47. Dernburg. Pandekten. Berlin 1892. B. III. § 123. Note 2.

3) S. Cuiacius. Comment. in lib. XIX. S. 556.

Dem Fideikommissar gegenüber haftet er dereinst für *Dolus*. Wenn bewiesen wird, dass etwas *intervertendi fideicommissi gratia medio tempore alienatum vel deminutum est*, so kann es der Fideikommissar gemäss l. 56 (54) D. ad SC. Trebell. 36,1 beim Tode des Fiduciars — *quandoque* — herausfordern. Anderer Meinung ist freilich *Dernburg*¹⁾. Er nimmt an, dass der Fideikommissar *dolos Veräussertes* schon gleich nach Vornahme der Veräusserung zu Lebzeiten des Fiduciars herausfordern kann. Eine solche Befugnis des Fideikommissars scheint sich aus der l. 56 (54) cit. nicht zu ergeben und widerspricht auch dem Willen des Erblassers, wonach der Fideikommissar sein Recht auf Herausgabe der Erbschaft erst nach dem Tode des Fiduciars soll geltend machen können.

Dafür dass der Fiduciar die Erbschaft *bona fide* und nach dem *arbitrium boni viri* verwalte und dereinst dem Fideikommissar das Uebrigbleibende rechtmässig herausgeben werde, ist dem Fideikommissar *Sicherheit* zu leisten. Diese Verpflichtung des Fiduciars ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen des Vermächtnisses und ist für unseren Fall besonders hervorgehoben in der l. 56 (54) cit. Es handelt sich hier um die gewöhnliche *cautio legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* in Gestalt der *satisfactio*. Sie wird dem Fideikommissar oder dessen Erben (l. 1 § 3 D. ut leg. seu fid. serv. caus. cav. 36,3) bestellt, ut habeat fideiussores eius quantitatis, quam ex fideicommisso petere potest (l. 56 (54) cit. in fin.) oder, wie l. 1 pr. D. ut leg. seu fid. serv. caus. cav. 36,3 sagt, ut, quibus testator dari

1) H. Dernburg. Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. Halle 1896. Bd. III. § 160. III. b. Note 9.

ferive voluit, his diebus detur vel fiat, dolusque malus sit abfuturus¹⁾. Wird die Kautio nicht bestellt, so erhält nach allgemeinen Grundsätzen der Fideikommissar *missio legatorum servandorum causa* in den Nachlass und seit Caracalla auch in das eigene Vermögen des Fiduciars. Verzicht auf die Kautio ist zulässig (l. 46 D. de pactis 2,14).

3. Die Restitution des Fideikommisses.

Die Restitution des Fideikommisses auf den Ueberrest geschieht im Wesentlichen nach den Grundsätzen der Restitution des Universalfideikommisses. Voraussetzung der Restitution ist der Erbschaftsantritt durch den Fiduciar. Tritt dieser nicht freiwillig an, so wird er nach dem SC Pegasianum auf Antrag des Fideikommissars nach Verhandlung *extra ordinem* durch den Prätor gezwungen; l. 4 D. ad SC Trebell. 36, 1.

Die Restitution erstreckt sich auf alles, was beim Tode des Fiduciars von der Erbschaft noch vorhanden ist. Hat der Fiduciar alles gutgläubig veräußert, so braucht nichts herausgegeben werden²⁾. Hat er die Erbschaft unversehrt gelassen, so muss dieselbe ganz herausgegeben werden. In diesem Falle soll jedoch, wie unten gezeigt werden wird, ein etwaiges Ersparnis aus den Einkünften der Erbschaft dem Erben des Fiduciars verbleiben; l. 60 (58) § 7 D. ad SC Trebell. 36, 1.

Die durch Konfusion untergegangenen dinglichen Rechte und Pflichten des Fiduciars leben mit der Restitution von selbst wieder auf, nicht aber die Forderungen und Schulden

1) Vergl. Hofacker. *Principia iuris civilis*. Tubingiae 1794. Tom. II. § 1600. S. 727 und 728.

2) Vgl. Jo. Balth. Wernher. *Selectae observationes forenses*. Wittenberg 1720 Pars. II, obs. 452, S. 908.

des Fiduciars gegenüber dem Erblasser. Diese müssen vielmehr bei der Restitution neu begründet werden. Der Erbe des Fiduciars kann vom Fideikommissar die Neubegründung fordern; l. 61 (59) pr. D. ad SC Trebell. 36, 1. Dies erleidet jedoch eine Ausnahme in dem Falle, dass der Fiduciar die Erbschaft ungebührlicher Weise vermindert hat — non modicam partem consumsit; l. 82 (80) D. ad SC Trebell. 36, 1. Da durch solche Handlungsweise des Fiduciars der Fideikommissar geschädigt ist, soll dieser durch den Verlust der Forderungen des Fiduciars gegen ihn vergütet werden¹⁾.

Ob die zur Zeit des Todes des Fiduciars vorhandenen, aus den Erbschaftssachen gezogenen Früchte herauszugeben sind, ist streitig. Die Meinungsverschiedenheit beruht auf dem scheinbaren Widerspruch zweier Digestenstellen. Die l. 60 (58) § 7 D. ad SC Trebell. 36, 1 lautet:

Quod ex hereditate superfuisset, cum moreretur, restituere rogatus *fructus superfluos restituere non videtur* rogatus, cum ea verba deminutionem quidem hereditatis admittant, fructuum autem additamentum non recipiant, Die l. 3 § 2 D. de usuris 22, 1 dagegen bestimmt:

... ut puta si quis rogetur post mortem suam quidquid ex bonis supererit Titio restituere ... ita quod ex fructibus *supererit* iure voluntatis *restitui* oportebit.

Cuiacius meint, die beiden Stellen des Papinian seien nicht vereinbar (lib. XX Quaest. S. 575 fg.). Er will daher, um Einklang zwischen ihnen herbeizuführen, in der l. 60 § 7 cit. das „non“ streichen. Er glaubt, dass der Jurist, welcher die Frage in der l. 3 § 2 cit. ganz deutlich zu Gunsten des Fideikommissars entschieden habe, geschrieben haben müsse: „videtur rogatus fructus super-

1) Vgl. Westphal a. a. O. § 1675. S. 1149 fg.

fluos etc. Der Satz: *fructuum additamentum non recipiunt* soll seiner Ansicht nach bedeuten: Diese Worte gestatten nicht, dass der Fiduciar die übrigbleibenden Früchte für sich behält. Wenn ihm gestattet ist, die Erbschaft zu vermindern, so sollen ihm nicht ausserdem noch die Früchte gegeben werden. Er könnte sonst leicht die Früchte und Zinsen sich zurücklegen und nur das Kapital zur Bestreitung seiner Ausgaben angreifen. Dieser Auffassung ist nicht beizutreten. Man kann nicht annehmen, dass das „non“ später hinzugesetzt ist, da es sich in sämtlichen Handschriften vorfindet. Ferner sind die beiden Stellen Papinians sehr wohl zu vereinigen. Cuiacius verwechselt, wie Gordon¹⁾ treffend nachweist, *fructus superstitis* und *superflui*. Wenn der Fiduciar mehr, als die Erbschaft z. Zt. des Todes des Erblassers betragen hat, übrig lässt, so soll er die über die Erbschaftssubstanz hinausgehenden Früchte — *fructus superflui* — behalten dürfen. Denn der Fideikommissar soll nach der Klausel des Testamentes jedenfalls nicht mehr als die vom Testator hinterlassene Erbschaft erhalten. Das bedeuten die Worte: *Fructuum additamentum non recipiunt*. Hat jedoch der Fiduciar die Erbschaftssubstanz angegriffen, so soll er nicht ausser den Verminderungen die vorhandenen Früchte — *fructus superstitis* — zurückbehalten dürfen.

4. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution.

Durch die Restitution wird der Fideikommissar mittelbarer Universalsuccessor des Erblassers — *loco heredis*. Er wird auch ohne Besitzübertragung (l. 65 (63) pr. D. ad

1) Fr. M. Gordon. *Praetermissa iuris civilis*. Parisiis 1629. lib. I, cap. 1, S. 7 fg.

SC Trebell. 36,1) Eigentümer der Erbschaftsgegenstände, Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden. Zur Erlangung des Fideikommisses hat er gegen Dritte die *hereditatis petitio fideicommissaria*, bzw. die Singularklagen; l. 28 (27) § 7 D. ad SC Treb. 36,1 und l. 1 § 2 D. h. t. Die erste Klage steht ihm jedoch nicht gegen den Fiduciar bzw. dessen Erben zu (l. 6 § 1 D. de fid. her. pet. 5,6), weil dieser wahrer Erbe ist. Ihn muss der Fideikommissar vielmehr mit der Klage aus dem Fideikommiss belangen. Ist der Fideikommissar nur auf eine Quote des Ueberrestes eingesetzt, so hat derselbe gegen den Fiduciar bzw. dessen Erben, welchem die anderen Quoten bleiben, auch die *actio familiae erciscundae*; l. 40 D. fam. ercisc. 10,2 Gegenstand der Klage ist der Ueberrest der Erbschaft z. Zt. des Todes des Fiduciars.

Mit der Restitution hört der Erbe des Fiduciars materiell auf Erbe zu sein, formell bleibt er es; denn *semel heres semper heres*.

Ob der Fiduciar beim Fideikommiss auf den Ueberrest ein Recht auf den Abzug der *quarta Trebellianica* hat, kann einigermaßen zweifelhaft sein. Unter Anlehnung an die Grundsätze vom Universalfideikommiss wird man die Frage bejahen müssen. Vgl. Seuffert¹⁾ und Lauterbach²⁾.

Bei der Berechnung der Quart ist der Wert der Erbschaft zur Zeit des Todes des Erblassers zu Grunde zu legen. Hat der Fiduciar in der Zwischenzeit nichts verbraucht und noch Früchte übergespargt, so muss er diese

1) J. A. Seuffert. Praktisches Pandektenrecht. Würzburg 1882. Bd. III. § 643.

2) W. A. Lauterbach. Collegium Pandectarum. Tübingen 1784. lib. 36, 1, § 22. S. 963.

mit in die Quart einrechnen. Hat er die Erbschaftssubstanz angegriffen oder Früchte aus der Erbschaft gezogen, so muss er die verbrauchte Substanz und den Fruchtertrag einrechnen ¹⁾).

Diese Regelung scheint dem Willen des Erblassers am besten zu entsprechen.

C. Das heute geltende Recht der Novelle 108.

1. Allgemeines.

Es ist nicht zu leugnen, dass die Regelung des Institutes der Fideikommisses auf den Ueberrest durch die römischen Juristen eine gewisse Unbestimmtheit enthält. Im einzelnen Falle ist schwierig zu entscheiden, ob die Verminderung der Erbmasse durch den Fiduciar *intervertendi fideicommissi gratia* oder *bona fide* und nach dem *arbitrium boni viri* geschehen ist. Dieser Umstand veranlasste Justinian, das Institut neu zu regeln. Er wollte *veterem incertitudinem* (*τὴν παλαιὰν ἀοριστίαν*) definire und id, quod indefinite a maioribus dictum est, sub legitimam quandam divisionem et ordinem deducere. Nov. 108 praef. § 2 und cap. 1. Durch die Novelle 108 führte Justinian einen mechanischen Gesichtspunkt ein, indem er anordnete, dass der Fiduciar über drei Vierteile der Erbschaft bzw. des Erbteils frei sollte verfügen können, dass er den letzten Vierteil jedoch unversehrt dem Fideikommissar hinterlassen müsse. Der Kaiser

1) l. 19 (18) § 1; l. 23 (22) § 2 D. ad SC Trebell. 36, 1; l. 91 D. ad leg. Falc. 35, 2; vgl. V. Fusarius, *Tractatus de Substitutionibus*. Genevae 1697. quaest. 545, Nr. 46, S. 755 und C. F. Hommel, *Rhapsodia quaestionum*. Baireuth 1785. Obs. 659. S. 272.

glaubte, durch diese Bestimmung den Willen des verstorbenen Erblassers am besten zu bewahren und zu schützen. Der Erblasser will, nach Justinians Meinung, durch jene Testamentsklausel aus Wohlwollen gegen den bedachten Fiduciar bewirken, dass dieser über die Erbschaft frei verfügen könne, und dass er wegen etwaiger Nachlässigkeit nicht behelligt werde (Nov. 108 cap. 2: *quod testor id quoque permiserit*). Da der Erblasser andererseits auch den Fideikommissar bedenken will, so soll ihm wenigstens ein Viertel der Erbschaft bleiben.

Man muss zugeben, dass diese Bestimmung Justinians etwas Willkürliches enthält. Der Erblasser, welcher in seinem letzten Willen eine derartige fideikommissarische Anordnung trifft, denkt nicht an solche gekünstelte Regelung seines letzten Willens. Vielmehr soll der Fiduciar aus dem Nachlasse seine Lebensbedürfnisse wie ein anständiger Mann bestreiten, nicht aber — was nach Justinians Bestimmung bis auf ein $\frac{1}{4}$ möglich ist — die Erbschaft aus blosser Uebermut vernichten oder vergeuden oder, weil er dieselbe dem Fideikommissar nicht gönnt, bei Seite schaffen und Anderen zuwenden. In der Novelle 108 ist von einem „Fideikommiss“ im wahren Sinne des Wortes wenig übrig geblieben. Ihre Bestimmung entspricht weder dem Willen des Testators, noch dem Rechtsgefühl. Freilich hat Justinian in gewisser Weise Recht, wenn er Papinians Begriffe des *animus intervertendi* und des *arbitrium boni viri* unbestimmt und rätselhaft nennt. Die Rechtswissenschaft muss sich aber auch sonst z. B. bei der *actio Pauliana* mit dem *animus fraudandi* befassen und die Praxis klarlegen, ob ein solcher vorhanden ist oder nicht. Immerhin ist anzuerkennen, dass durch die Anordnung der Novelle die praktische Regelung des Fideikommisses auf den Ueberrest, besonders die

Auseinandersetzung zwischen dem Erben des Fiduciars und dem Fideikommissar sehr vereinfacht und erleichtert worden ist, und viele Streitigkeiten abgeschnitten werden.

2. Die Anordnung des Fideikommisses.

Wie nach dem Digestenrecht kann das Fideikommiss auf den Ueberrest im einfachen Testamente, Kodicill und Oralfideikommiss angeordnet werden. Besonders häufig kommt die Anordnung heutzutage im wechselseitigen Testamente und im Erbvertrage vor. Die Anordnung in jenen Formen ist frei widerruflich, in der Form eines Erbvertrages nicht. Bei korrespektiven Testamenten, welche meist von Ehegatten errichtet werden, steht bis zum Tode des Erstversterbenden beiden Mittestatoren das Recht des einseitigen Widerrufs zu. Hat jedoch nach dem Tode des Erstversterbenden der Ueberlebende die Erbschaft angetreten, so darf er seine mit Rücksicht auf den Mittestator angeordnete letztwillige Verfügung nicht mehr widerrufen. Die gemeinsame Anordnung hat dann insoweit die Wirkung eines Erbvertrages. Die beiden Mittestatoren haben offenbar ihr beiderseitiges Vermögen als eine Masse angesehen, und jeder hat über sein eigenes, wie über das Vermögen des anderen verfügt, sodass der Ueberrest des ganzen gemeinsamen Vermögens als Universalfideikommiss dem nach dem beiderseitigen Tode Bedachten gegenüber erscheint¹⁾.

Hat der Testator Verwandte, welche noterbberechtigt sind, so muss er, falls er diesen den künftigen Ueberrest, einem Dritten aber Zeit Lebens die Erbschaft zuwenden will, die sogen. *cautela Socini* hinzufügen, da sonst seine Anordnung hinfällig wird. Dieser Fall kommt sehr häufig

1) Vgl. I. A. Seuffert. Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern. Erlangen 1848. Bd. 13, S. 363 fg.

in folgender Gestalt vor: Der eine Ehegatte will dem andern die freie Benutzung seines Vermögens nach seinem Ableben lassen, während die Kinder, bezw. bei deren Nichtvorhandensein die Eltern, sich mit dem beim Tode des andern Ehegatten noch vorhandenen Vermögen begnügen sollen. Eine solche Verfügung ist ohne die Pflichtteilklausel nicht von Bestand.

Bei der Anordnung des Fideikommisses auf den Ueberrest werden die verschiedensten Klauseln angewandt. Die einfachsten Formeln sind: Mein Erbe soll das bei seinem Tode von dem ererbten Vermögen noch Uebrige, oder den künftigen Ueberrest der Erbschaft, oder das noch vorhandene Vermögen, dem N hinterlassen. Ferner kommt es vor, dass dem Erben freie Dispositionsbefugnis über den Nachlass erteilt, ihm aber auferlegt wird, eine bestimmte Dritte Person zum Erben des Nachlasses einzusetzen. Hier ist der Dritte der Fideikommissar auf den Ueberrest. Oder: es darf der Erbe zwar frei verfügen, jedoch kein Testament errichten; hier ist der Intestaterbe des Fiduciars der Fideikommissar. Der Testator setzt einen Erben ein, bestimmt dabei jedoch, dass ein Anderer z. B. der Ehegatte Zeit Lebens sein sämtliches Vermögen in Besitz behalten und den Abnutzen daran haben solle, wobei ihm auch gestattet sei, von dem Vermögen selbst nach Belieben zu verwenden, sodass der eingesetzte Erbe erst nach dem Tode des Gatten den Nachlass erhalten solle und auch nur dasjenige, was noch vorhanden sei¹⁾. Hier ist der Ehegatte Fiduciar und der als Erbe bezeichnete der Fideikommissar auf den Ueberrest. — Schwieriger ist die Auslegung folgender Anordnung,

1) Seuffert. Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München. Bd. 28, 41.

welche in dem wechselseitigen Testamente zweier Ehegatten enthalten ist: „Der überlebende Ehegatte soll die Verwaltung und den Niessbrauch des gesamten Nachlasses behalten und befugt sein, Veräusserungen und Verpfändungen ohne Zustimmung der nächsten Verwandten vorzunehmen. Nach beiderseitigem Ableben fällt das noch vorhandene Vermögen je zur Hälfte an die beiderseitigen nächsten Verwandten; u. s. w.“ Das Oberappellationsgericht zu Darmstadt¹⁾ hat in jenem Testamente ein Vermächtnis des Niessbrauchs an den überlebenden Ehegatten, nicht aber eine Erbeseinsetzung desselben mit der Auflage eines Fideikommisses auf den Ueberrest gefunden.

Hat der Erblasser den Erben „von der Verpflichtung zur Aufnahme eines Inventars“ entbunden, so ist darin noch nicht die stillschweigende Anordnung eines Fideikommisses auf den Ueberrest zu erblicken²⁾.

3. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution.

a. Die Art des Erwerbes.

Die Art und Weise des Erwerbes des Fideikommisses wird durch die Novelle 108 nicht berührt, es bleibt also bei den Bestimmungen der Digesten. Siehe B 2 a.

b. Die Rechte des Fiduciars.

Mit dem Erbschaftsantritte wird der Fiduciar als wahrer Erbe Eigentümer der Erbschaftssachen und Gläubiger der Erbschaftsforderungen. Betreffs der Konfusion bleiben die Bestimmungen der Digesten massgebend.

1) Seuffert's Archiv Bd. 29, 39.

2) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 10, S. 121.

In den Worten des Fideikommisses auf den Ueberrest liegt das stillschweigende Verbot der Verfügungen des Fiduciars von Todeswegen. Hat der Erblasser diesem ausdrücklich die Verfügung unter Lebenden und von Todeswegen gestattet, und das künftig Uebrigbleibende einem Anderen zugedacht, so ist das Recht des Fideikommissars von der Bedingung abhängig gemacht, dass der Fiduciar weder unter Lebenden noch von Todeswegen über Nachlassgegenstände verfügt. Jede Verfügung des Fiduciars über eine Nachlasssache hindert den Eintritt der Bedingung bezüglich der betreffenden Sache. Hier handelt es sich um ein ganz anderes Rechtsinstitut als das Fideikommiss auf den Ueberrest, und die im römischen Rechte enthaltenen Vorschriften über das Fideikommiss auf den Ueberrest können daher auf jenes Institut keine Anwendung finden ¹⁾.

Die Befugnis des Fiduciars zu Verfügungen unter Lebenden wird in der Novelle 108 cap. 1 und 2 und in der authentica „Contra cum“ ad const. 6 C. ad SC Trebell. 6, 49 folgendermassen geregelt. Drei Vierteile der Erbschaft darf er verausgaben, quemadmodum veris dominis convenit. Das letzte Viertel darf er nur aus besondern Gründen angreifen: zum Loskauf von Gefangenen oder für sich im Falle der Not, und namentlich auch zur Bestellung einer Dos oder Eheschenkung, wenn er kein anderes Vermögen besitzt ²⁾. Aus dem Anfang des 2. Kapitels ergibt sich, dass dies nur Beispiele und nicht die einzigen Ausnahmen sind ³⁾.

1) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 11, 260.

2) B. Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts 1891. Bd. 3, § 665, S. 360. H. Dernburg. Pandekten. Berlin 1892, Bd. 3, § 123 S. 249.

3) E. A. Seuffert. Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei

Sehr bestritten ist die Frage, inwieweit durch diese Bestimmung der Novelle das Digestenrecht berührt wird.

Einige nehmen an, dass die l. 56 (54) D. ad SC Trebell. 36, 1 durch die Novelle nicht aufgehoben worden sei. Ein Viertel müsse dem Fideikommissar unversehrt bleiben. Ueber die übrigen drei Viertel stehe dem Fiduciar die Verfügungsbefugnis bis zum völligen Verbrauch zu, jedoch vorausgesetzt, dass dieselbe nicht *dolos, intervertendi fideicommissi gratia* ausgeübt werde¹⁾.

Die meisten Schriftsteller und die Praxis nehmen an, dass die Entscheidung Papipians durch die Novelle 108 ihre Geltung verloren hat. Dies ist unsers Erachtens das Richtige. Justinian hat den Fiduciar zum völlig unbeschränkten Eigentümer der $\frac{3}{4}$ während seinen Lebzeiten gemacht, weil er die alte Ungewissheit beseitigen wollte. Dies bestätigen die ausdrücklichen Worte der Novelle im Kap. 1:

reliquis omnibus ($\frac{3}{4}$) in potestate eius manentibus, adeo ut illi arbitrato suo istis uti liceat, quemadmodum veris dominis convenit. Der Fiduciar ist fortan berechtigt, $\frac{3}{4}$ der Erbschaft unter Lebenden zu vermindern, auf welche Weise er nur immer will. Der Erbe des Fiduciars kann von dem Fideikommissar nicht deshalb belangt werden, weil der Fiduciar $\frac{3}{4}$ der Erbschaft *intervertendi*

Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Rechte. München 1854. S. 119 und G. Fr. Puchta. Vorlesungen über das heutige römische Recht. Leipzig 1863. Bd. 2, § 556 a. E.; anders Dr. Th. Hagemann. Praktische Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit. Hannover 1809. Bd. 5, Erört. 50, S. 234, Note 13.

1) Wernher a. a. O. pars II, obs. 452, S. 909; Joh. Voet. Commentarius ad Pandectas Coloniae Allobrogum 1769. lib. 36, tit. 1, § 54. S. 438; Hommel, a. a. O. S. 273; vgl. Fusarius, a. a. O. quaest. 545, nr. 2.

fideikommissi gratia vermindert habe; denn nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur. l. 55 D. de R. J. 50,17. Im Vergleich zu früher ist also die Lage des Fiduciars theils ungünstiger, indem er nur $\frac{3}{4}$ verbrauchen kann, theils günstiger, indem seine Veräusserungsbefugnis über $\frac{3}{4}$ unbeschränkt ist und er im Hinblick auf diese nicht für dolus haftet ¹⁾).

Eine dritte Ansicht, welche von mehreren Schriftstellern ²⁾ vertreten wird, geht dahin, dass der Fiduciar zwar in der Regel gemäss Nov. 108 über $\frac{3}{4}$ der Erbschaft unbeschränkt verfügen könne, dass diese Bestim-

1) Ant. Faber. Coniecturarum iuris civilis libri viginti Lugduni 1664. lib. 18, cap. 3 § 3; U. Huber. Eunomia Romana sive censurae iuris Justineanaei. Amstelodami 1724. S. 283. Dn. A. Mylius. De fideicommisso sue clausula: Quidquid superfuerit, relicto, ad l. 54 D. ad SC. Trebell. Lipsiae 1687. cap. 3, nro 9; Streckert. De fideicommisso sub clausula: quidquid post mortem superfuerit, relicto. (lag dem Verfasser nicht vor). Jacobus Cuiacius. Commentarii. Napoli 1722. lib. 19 Quaest, S. 558; Jo. Henr. Nob. Dom. de Berger. Oeconomia iuris. Lipsiae. 1771. lib. II, tit. IV, th. 36, nota 5, S. 320; Aug. Reichhardt. De fideicommissio eius quod superfuturum erit. Jenae 1785. § 9 fg.; D. E. Chr. Westphal. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideikommissen. Leipzig 1791. § 1678; J. Chr. Edler von Quistorp. Rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrtheit. Leipzig 1798. S. 49, Tl. II, Bemerk. 14; Hagemann, a. a. O.; W. A. Lauterbach. Collegium Pandectarum. Tübingen 1784. lib. 36, tit. 1, § 22; Seuffert. Das ges. Veräuss.-Verbot, S. 116; Dr. W. Franke. Exegetisch-Dogmatischer Commentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione. Göttingen 1864. S. 301; Seuffert's Archiv Bd. 8, 73, Bd. 34, 137. Bd. 38, 326, Bd. 47, 125.

2) Dr. G. Emminghaus. Pandekten des gemeinen sächsischen Rechts. Jena 1851. Buch 23, Tit. 2, Nr. 37, S. 625; R. Frhr. v. Holzschuher. Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. Leipzig 1864. Bd. II, Teil II, Kap. 11, zu Nr. 3, S. 1089; C. Matthiae. Controversen-Lexikon des römischen Civilrechts. Leipzig 1859. Teil II, S. 246 fg.

mung der Novelle jedoch auf *correspektive* Testamente keine Anwendung finde. Denn, da vermöge dieser nach deutscher Rechtsgewohnheit auch über das mit dem Nachlass des Erstverstorbenen in eine Masse verschmolzenen Vermögen des Letztlebenden, sofern dieser die Erbschaft antrat, mit rechtlichem Erfolge disponirt werden könne, und dieselben nach Analogie der Erbverträge zu betrachten seien, soll die durch Beschränkung der Substitution auf das Uebriggebliebene dem Letztlebenden gegönnte grössere Freiheit diesen nur zu einem Gebrauche zu seinem wahren Bedarfe und nicht zur Hinterziehung seiner vertragsmässigen Obliegenheit berechtigen. — Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Hat der überlebende Teil auf Grund eines Erbvertrages oder eines *correspektiven* Testamentes die Erbschaft angetreten, so erwirbt er das Erbrecht mit allen Wirkungen, welche das „gemeine“ Recht an den Antritt knüpft. Er hat die Stellung des Fiduciars, und seine Rechte und Pflichten stehen unter den Grundsätzen der Nov. 108¹⁾.

Eine „vertragsmässige Obliegenheit zu einem Gebrauche zu seinem wahren Bedarfe“ besteht für den überlebenden Teil demnach nicht. Vielmehr kann er über $\frac{3}{4}$ des gesamten gemeinschaftlichen Vermögens zur Zeit des Erbschaftsantrittes unbeschränkt unter Lebenden verfügen.

Aus der unbeschränkten Verfügungsbefugnis des Fiduciars ergibt sich, dass er bis zu $\frac{1}{4}$ die Erbschaftsgegenstände quantitativ verändern und vermindern darf. Er kann sie für seinen Unterhalt aufzehren und verschenken. Hat er mit Erbschaftsgeldern oder mit dem Preise ver-

1) Siehe C. F. v. Gerber. System des deutschen Privatrechts Jena 1886, § 259; Hagemann, a. a. O.; Seuffert, Bl. für R.-A. Bd. 13. 8. 365.

kaufte Erbschaftssachen andere Sachen angeschafft oder damit Kapitalien angelegt, eigene Schulden bezahlt oder sonst aus der Erbschaft sein eigenes Vermögen vermehrt, so steht dem Fideikommissar weder ein Einspruchsrecht zu, noch erwächst ihm mit der Resitution ein Rückforderungsrecht. Es findet also der Satz: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* im Justinianischen Rechte keine Anwendung mehr ¹⁾. Dies ist auch hinsichtlich des letzten Viertels anzunehmen. Es geht dies aus der Bestimmung der Novelle hervor, dass der Fideikommissar, falls auch das letzte Viertel angegriffen ist, erst Ersatz aus dem Vermögen des Fiduciars suchen muss und erst eventualiter die dinglichen Klagen gegen dritte Erwerber geltend machen kann ²⁾. Ferner ist der Fiduciar berechtigt, Nachlassgegenstände qualitativ zu vermindern, z. B. dieselben zu verpfänden oder Grundstücke mit Reallasten und Servituten zu belasten. Als Eigentümer kann der Fiduciar Forderungen einziehen und darüber rechtsverbindlich quittieren, Prozesse über den Nachlass führen, auf Nachlassforderungen verzichten, Vergleiche mit Nachlassgläubigern und -schuldern schliessen, Rezesse über Erbansprüche, welche der Erblasser hatte, errichten, Kaufgelder für veräusserte Nachlasssachen in Empfang nehmen oder kreditieren.

Der Fiduciar darf ungehindert mit seinen Verwandten einen Leibzuchtsvertrag schliessen, weil er ein wahrer Kontrakt unter Lebenden ist ³⁾. Kauft er sich mit $\frac{3}{4}$ des Nachlasses oder dem Erlöse hieraus in eine Lebensversicherung ein, so ist auch dieser Vertrag als ein Kon-

1) v. Quistorp, a. a. O. Tl. II, Bem. 14, S. 51.

2) Vgl. Seuffert. Das gesetzl. Veräuss.-Verbot S. 118.

3) G. A. Bömer. Auserlesene Rechtsfälle aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit. Göttingen 1800. Bd. II, Abt. 1, Nr. 129, S. 280 und Holzschuher, O. a. a. Tl. 4, Kap. 11, zu 3, S. 1089.

trakt unter Lebenden giltig. Denn wenn auch die Hauptwirkung dieses Rechtsgeschäftes erst nach dem Tode des versicherten Fiduciars zur Geltung kommt, so entstehen doch viele Rechte und Pflichten schon unter Lebenden.

Die Gläubiger des Fiduciars können wegen ihrer persönlichen Ansprüche an ihn aus den Nachlasssachen und zwar, da hier ein in der Novelle angeführter Notfall vorliegt, aus sämtlichen Befriedigung suchen. Sie können dieselben als Gegenstand einer Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmen oder mit Arrest belegen. Sind Pfändungen von körperlichen Sachen oder von Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes vorgenommen worden, so haben die Gläubiger gemäss § 709 der C. P. O. an den gepfändeten Gegenständen ein Pfandrecht erworben, und der Tod des Fiduciars hat auf dieses Recht keinen Einfluss, sodass es auch gegen die Fideikommissare wirkt.

Wird über das Vermögen des Fiduciars das Konkursverfahren eröffnet, so gehört der ganze Nachlass zur Konkursmasse und dient zur Befriedigung der Konkursgläubiger¹⁾. Stirbt der Fiduciar während des Verfahrens, so kann der Fideikommissar die Aussonderung der Nachlassgegenstände verlangen, da die Konkursgläubiger durch die Eröffnung des Konkursverfahrens kein Pfandrecht an den Gegenständen der Konkursmasse erlangen²⁾.

c, Die Pflichten des Fiduciars.

Als Erbe ist der Fiduciar Schuldner aller Nachlass-

1) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 36, S. 125.

2) Vgl. D e r n b u r g. Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. Halle 1896. Bd. III, § 160 III, a, S. 472. Anders K o h l e r, Zeitschr. für vergl. Rechtswissenschaft Bd. 4. S. 38; er nimmt an, dass der Konkurs eine dingliche Belastung begründe und daher dem Nacherben entgegenstehe.

schulden und durch Servituten und Pfandrechte, welche auf Nachlassgegenständen ruhen, in seinem Eigentume beschränkt.

Nach der Novelle 108 ist er verpflichtet, dem Fideikommissar mindestens $\frac{1}{4}$ der Erbschaft unversehrt übrig zu lassen, falls nicht einer der Ausnahmefälle vorliegt, welche ihm gestatten, auch das letzte Viertel anzugreifen.

Damit dem Fideikommissar künftig der vierte Teil unversehrt hinterlassen werde, hat der Fiduciar ihm gemäss Nov. 108 cap 2 C a u t i o n zu stellen. Es hat nicht, wie Einige¹⁾ meinen, auch Cautio dafür zu leisten, dass er die übrigen drei Viertel nicht dolos veräussern werde, denn dem Fiduciar steht die freie Verfügung über drei Viertel des Nachlasses zu, und auch die Novelle beschränkt die Cautionspflicht ausdrücklich auf das letzte Viertel²⁾. Ebendeshalb ist ferner auch nicht etwa Cautio auf Herausgabe desjenigen zu leisten, was beim Tode des Fiduciars über das letzte Viertel hinaus übrig sein wird³⁾. Durch diese gesetzliche Pflicht zur Cautionsleistung ist dem Erblasser nicht die Befugnis genommen, dem Fiduciar diese Verpflichtung ausdrücklich oder stillschweigend zu erlassen, was auch aus der Nov. 108 cap. 2 hervorgeht⁴⁾. Hat der Fiduciar das letzte Viertel aus einem gesetzlich erlaubten Grunde angegriffen, so muss die Cautio in Höhe des aufgezehrten Restes zurückerstattet werden⁵⁾. Ist vom Fiduciar irrtümlich eine zu hohe Sicherheit ge-

1) Hommel, a. a. O. S. 266 und Wernher, a. a. O. S. 909.

2) Vgl. Cuiacius, a. a. O. S. 558. und Voet, a. a. O. lib. 36, tit. 1, § 54, S. 438.

3) Vgl. Mylius, a. a. O. cap. III, nro. 11.

4) Berger, a. a. O. Lib. II, tit. 4, th, 36, nota 5, S. 320 und Seuffert's Archiv 2, 74.

5) Seuffert's Archiv Bd. 5, 208,

stellt oder war demselben der Erlass des Testators unbekannt, so kann er das Nichtgeschuldete mit der *condictio indebiti* zurückfordern. Kommt der Fiduciar seiner Verpflichtung nicht nach, so kann der Fideikommissar auf Cautionsstellung klagen. Verzicht des Fideikommissars auf Sicherheitsleistung ist zulässig.

Die Cautionsbestellung allein schützt den Fideikommissar nicht genügend vor Beeinträchtigung seines Rechtes. Es ist vielmehr ausserdem eine genaue Aufzeichnung des Nachlasses notwendig, damit der vierte Teil desselben und die Höhe der zu leistenden Sicherheit festgestellt werden kann. Wenn diese Verpflichtung zur Errichtung eines Inventars zwar in den Quellen nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, so folgt sie unbedingt aus der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, weil dieselbe ohne zuverlässige Spezifizierung des Nachlasses nicht bestimmt werden kann. Ausserdem folgt sie schon teils aus dem Rechte eines jeden Fideikommissars und Legatars, dem unter der Rechtswohlthat des Inventars antretenden Erben über die Richtigkeit und Vollständigkeit dieses Inventars ohne besondere Verdachtsgründe den Manifestationseid abzufordern (l. 22 § 10 C. de iur. delib. 6,30), teils aus der Analogie der l. 1 § 4 D. usufr. quemadm. 7,9, in welcher dem mit dem Niessbrauche von Erbschaftssachen Honorirten geraten wird, vor dem Beginne der Nutzniessung ein genaues und glaubwürdiges Verzeichnis über den Bestand und die Beschaffenheit der Güter aufzunehmen¹⁾).

Die Sicherheitsleistung ist eher zu entbehren als die Inventarisierung. Ist vom Testator dem Fiduciar die Bestellung einer Cautio erlassen worden, so folgt daraus noch keineswegs die Freiheit von der Inventarisierungs-

1) Voet a. a. O. lib. 7, tit. 9. § 2.

pflicht¹⁾. Nur aus einem ordentlichen Inventar kann der Fideikommissar ersehen, wie hoch sich dereinst das ihm gebührende Viertel belaufen wird, und nur hierauf wird er bei Eintritt der Restitution seinen Klaggrund zuverlässig stützen können.

Da der Erblasser das Mass der Beschwerung des Fiduciars nach seinem Belieben bestimmen kann, so ist es ihm unbenommen, diesen von der Inventarisierungspflicht zu befreien. Ist die gerichtliche Inventur verboten, so kann daraus noch nicht das Verbot der Privatinventarisierung gefolgert werden²⁾. Fraglich ist nun aber, ob in dem Falle, dass der Testator jede Inventur verboten hat, vom Fiduciar nicht ein einfaches Güterverzeichnis oder nicht gar ein eidlich bestärktes gefordert werden kann. In der Praxis wird zwar die eidliche Spezifikation dem Inventar gewöhnlich gleichgeachtet und es müsste hiernach in dem Verbot des Inventars das Verbot der eidlichen Spezifikation enthalten sein. Da aber hierdurch das Recht des Fideikommissars völlig vereitelt werden würde, so ist anzunehmen, dass der Testator beim Verbot des Inventars nicht an das Verbot der eidlichen Spezifizierung oder eines sonst beglaubigten Güterverzeichnisses gedacht hat. Daher kann der Fideikommissar eine solche verlangen, besonders wenn er sich bereit erklärt, die Kosten der Aufnahme des Güterbestandes zu tragen. Hat jedoch der Testator jede Spezifikation ausdrücklich verboten, so ist der Fiduciar zu keiner Aufzeichnung irgend welcher Art verbunden. Steht der Bestand des Nachlasses sonst irgendwie fest, so ist ein Güterverzeichnis überhaupt nicht nötig. Ist die Inventarisierung oder Spe-

1) siehe Seuffert's Archiv Bd. 21, 63.

2) siehe Seufferts Archiv Bd. 5, 208.

zifizierung offenbar nur zu Gunsten des Fiduciars untersagt worden, so ist doch dessen Erbe verpflichtet, ein solches Verzeichnis aufzunehmen¹⁾).

d. Insbesondere: Die Rechte und Pflichten des Fiduciars nach dem Grundbuche.

Wenn zwar das Grundbuchwesen augenblicklich noch nicht reichsrechtlich geregelt ist, so ist es doch von hohem Interesse zu sehen, welche Stellung der Fiduciar bei dem Fideikommiss auf den Ueberrest als Erbe des Grundbesitzes des Erblassers nach dem schon jetzt in grossen Theilen Deutschlands geltenden und demnächst allgemein durchzuführenden Grundbuchsystem innehat. Wir legen dabei die Bestimmungen der preussischen Gesetzgebung zu Grunde.

Mit dem Antritt der Erbschaft wird der Fiduciar Eigentümer der ihm zugefallenen Nachlassgrundstücke gemäss § 5 Abs. 1 des Ges. über den Eigentumserwerb u. s. w. vom 5. Mai 1872. Will der Erbe als Eigentümer im Grundbuche eingetragen werden, so ist seine Legitimation als Erbe erforderlich. Hierzu muss er eine Bescheinigung des Todes des Erblassers und, falls sein Erbrecht auf einem Erbvertrage oder einem Testamente beruht, die letztwillige Verfügung dem Grundbuchrichter vorlegen. Ist der Fiduciar gesetzlicher Erbe, so muss eine Erb-

1) Siehe Hommel a. a. O. S. 267 fg.; Quistorp a. a. O. S. 46 fg.; D. J. Fr. Malblanc. Doctrina de iureiurando. Nürnberg 1781, S. 168 fg.; Holzschuher a. a. O. Teil 4, Kap. 11. No. 5, S. 1086 und 1090; Aug. Leyser. Meditationes ad Pandectas. Lipsiae 1740, spec. 404, med. 8; Lauterbach a. a. O. § 23, S. 964; W. H. A. Freiherr von Kreittmayr, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem. München 1763, Teil 3, Kap. 9, § 6, Nr. 7; Seuffert's Archiv Bd. 5, 208, Bd. 21, 63.

bescheinigung des zuständigen Richters in Gemässheit des Ges. vom 12. März 1869 beigebracht werden; § 51, 33, 39 der Grundbuch-Ordnung vom 5. Mai 1872. Liegen diese Erfordernisse vor, so wird der Fiduciar auf seinen Antrag als Eigentümer der Nachlassgrundstücke und als Gläubiger der Nachlass-Hypotheken und -Grundschnlden eingetragen, ohne dass die Anordnung des Fideikommisses auf den Ueberrest beachtet wird. Ergiebt sich jedoch aus der letztwilligen Verfügung der Wille des Erblassers, dass die Eintragung des Rechtes des Fideikommissars gleichzeitig mit der Eintragung des Rechtes des Fiduciars geschehen soll, so ist zur Eintragung des Fiduciars als Eigentümer noch der Antrag desselben auf Eintragung des Rechtes des Fideikommissars erforderlich¹⁾. Erhellet ein solcher Wille des Erblassers nicht, so geschieht die Eintragung des das Eigentum beschränkenden Rechtes des Fideikommissars nach dem allgemeinen Prinzip der Grundbuch-Ordnung im § 30, welches für den fraglichen Fall im § 54 der G. B. O. besonders hervorgehoben ist, nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag des Fiduciars. Auf einseitigen Antrag des Fideikommissars hin darf das Recht desselben nicht eingetragen werden²⁾. Der Fideikommissar ist jedoch befugt, den Antrag zu stellen, wenn der Fiduciar ihm gegenüber in einer beglaubigten Urkunde die Eintragung bewilligt hat, gemäss § 13 Abs. 2 des Ges. ü. den Eig., oder wenn der Fiduciar, welcher sich weigert, den Antrag zu stellen, durch rechtskräftiges Erkenntnis zur Bewilligung der Eintragung verurteilt ist,

1) R. Johow und O. Küntzel, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. Berlin 1882. Bd. 2., Nr. 58, S. 107 und 108.

2) R. Johow, Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der Preussischen Appellationsgerichte. Berlin 1878. Bd. 6, S. 150.

gemäss § 14 des Ges. ü. d. Eig. Ohne den Antrag des Fiduciars geschieht die Eintragung ferner, wenn eine zuständige Behörde dieselbe nachsucht, l. c.

Einige Schriftsteller¹⁾ meinen jedoch, dass eine das Eigentum selbst beschränkende Nebenbestimmung von Amtswegen beachtet werden muss, sodass das Recht des Eigentümers nur dann eingetragen werden kann, wenn zugleich der Antrag auf Eintragung des beschränkenden Rechtes gestellt wird. Es liegt nach dieser Ansicht ein gemäss der Anordnung des Erblassers quantitativ gemindertes Eigentumsrecht vor. Dies ist unsers Erachtens nicht richtig. Der Fiduciar ist, wenn auch in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt, immerhin voller Eigentümer, und seine Eintragung ist von dem Rechte des Fideikommissars unabhängig. Das Kammergericht, welches in der Verfügung vom 6. Oktober 1875 die obige Ansicht vertrat, hat in der Verfügung vom 9. Dezember 1876 dieselbe aufgegeben und sich auf unseren Standpunkt gestellt. Die obige Ansicht widerspricht dem § 54 der G. B. O., welcher das Thätigwerden des Grundbuchrichters von Amtswegen, wie dies früher geschah, hat beseitigen wollen²⁾. Freilich ist nicht zu verkennen, dass das Recht des Fideikommissars durch die neue Grundbuchgesetzgebung sehr gefährdet ist. Ist das Recht des Fideikommissars nicht im Grundbuche eingetragen, so ist dasselbe für den Grundbuchrichter nicht vorhanden, selbst wenn die letzt-

1) Achilles, die preussischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872. Berlin 1881. S. 401, Anm. 1a und Dernburg und F. Hinrichs, das preussische Hypothekenrecht. Leipzig 1877. Bd. 1, S. 396, Dernburg preussisches Privatrecht, Bd. 3, § 158, Anm. 7.

2) Vgl. W. Turnau, die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 mit Ergänzungen und Erläuterungen. Paderborn und Münster 1888. § 54, Note 3.

willige Verfügung zu den Grundakten eingereicht oder sonst zur Kenntnis des Grundbuchrichters gekommen sein sollte. Dieser Gefährdung sucht eine Cirkularverfügung des vormaligen Kammergerichts vorzubeugen. In derselben werden die Gerichte seines Bezirks angewiesen, die Fideikommissare darauf aufmerksam zu machen und den Fiduciar zu befragen, ob er nicht gleichzeitig die Eintragung des Rechtes des Fideikommissars beantragen wolle ¹⁾.

Die Eintragung des das Verfügungsrecht des Fiduciars beschränkenden Rechts des Fideikommissars ist in Bezug auf das Eigentum des Fiduciars an Grundstücken gemäss § 91 der G. B. O. in der „Zweiten Abteilung“, erste Hauptspalte „Dauernde Lasten und Einschränkungen des Eigentums“ auszuführen. Der Vermerk wird etwa so lauten:

„Nach dem Tode des eingetragenen Eigentümers A ist laut Testament vom . . . der Ueberrest dem B herauszugeben. Der Eigentümer A darf über die Substanz des Grundstücks zwar unter Lebenden, nicht aber von Todeswegen und auch unter Lebenden nur über drei Vierteile verfügen. Eingetragen am . . . ²⁾“.

Wird eine dauernde Last oder Beschränkung des Eigentums oder eine Hypothek oder Grundschuld auf den Fiduciar umgeschrieben, und soll gleichzeitig der Vermerk über das Fideikommiss aufgenommen werden, so wird derselbe gemäss § 91 Abs. 1 Satz 2 der G. B. O. neben dem eingetragenen Recht in Abteilung II, bzw. III, in der zweiten Hauptspalte „Veränderungen“, Unterspalte „Eintragungen“ einzutragen sein und etwa folgendermassen lauten: „Vererbt auf den A, nach dessen Tode der

1) Siehe J o h o w, Jahrb. für endgilt. Entscheid. Bd. 7, No. 100, S. 139.

2) Vgl. P. W o l f f, Verfügungen in Grundbuchsachen. Berlin 1878. S. 40 und 41.

Ueberrest dem B herauszugeben ist u. s. w. Eingetragen am . . .“

Ist die Umschreibung für den Fiduciar bereits geschehen, so muss an derselben Stelle der Vermerk über das Fideikommiss durch eine besondere Eintragung geschehen, da es für derartige Beschränkungen eine besondere Spalte nicht giebt¹⁾.

Als eingetragener Eigentümer des Grundstücks ist der Fiduciar befugt, Hypotheken und Grundschulden auf das Grundstück eintragen zu lassen oder anderweit zu belasten und das Grundstück zu veräußern²⁾. Fasst man die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Fiduciar durch die Anordnung des Erblassers auf als unter den § 11 des Ges. ü. d. Eig. fallend, so erlangt sie Rechtswirkung gegen Dritte, wenn dieselben die Beschränkung gekannt haben oder letztere im Grundbuch eingetragen ist³⁾. Hat demnach der Erwerber die Bestimmung des Erblassers gekannt, so kann der Fideikommissar, auch wenn sein Recht im Grundbuche nicht eingetragen war, nach dem Tode des Fiduciar das vom Dritten erworbene Recht anfechten, soweit er verletzt ist⁴⁾.

Als eingetragener Berechtigter von Belastungen und Einschränkungen des Eigentums, oder als eingetragener Gläubiger von Hypotheken und Grundschulden kann der Fiduciar diese Rechte abtreten, verpfänden (§ 52. 53 des Eig. Ges.), kündigen, die Löschung bewilligen (§ 57 fg. des Eig. Ges.), und Kapitalien einziehen⁵⁾. Im letzten Falle kann jedoch

1) Vgl. Turnau a. a. O. Bd. 2, § 104, Nr. 4 und 6.

2) Entsch. des R. G. Bd. 17, S. 230.

3) Vgl. Entsch. des R. G. Bd. 14, S. 290.

4) Dr. C. F. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Kommentar mit Anmerkungen. Berlin und Leipzig 1886. 8. Aufl., Note 72 unter a) zu § 466 des Preuss. A. L. R.

5) Entsch. des R. G. Bd. 17, S. 230.

der Schuldner nicht angehalten werden, zu Händen des Fiduciars zu zahlen¹⁾. Denn die eingetragene Verfügungsbeschränkung wirkt auch gegen jeden Dritten.

Da der Fideikommissar durch die Eintragung seines Rechtes geschützt ist, so kann er nicht ohne Weiteres Sicherheitsleistung verlangen. Eine solche Verpflichtung des Fiduciars wird danach zu beurteilen sein, ob nach der Sachlage eine Gefährdung des Rechtes des Fideikommissars vorliegt²⁾.

Kauft der Fiduciar Grundstücke hinzu, und lässt er sie gemäss § 5 und 61 der G. B. O. als Zubehör zu den Nachlassgrundstücken hinschreiben, so erhalten sie Pertinenzqualität und stehen unter der eingetragenen Beschränkung³⁾.

Die Gläubiger des Fiduciars können sich wegen ihrer Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses mit dem gesamten Nachlassgrundbesitz bezahlt machen, da hier ein Notfall der Novelle 108 vorliegt. Sie können denselben pfänden, mit Arrest belegen oder eine Zwangshypothek eintragen lassen⁴⁾. Dadurch erlangen die Gläubiger ein Pfandrecht, welches gegen den Fideikommissar selbst dann wirkt, wenn der Fiduciar vor der Zwangsveräusserung stirbt.

Der sogenannte „Sperrvermerk“ für Grundstücke ist gemäss § 11 Nr. 2 und § 41 der G. B. O. in die „Zweite

1) Th. Striethort's, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Ober-Tribunals. Berlin. Bd. 82, Nr. 3, S. 12.

2) Dr. J. A. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Berlin 1885. Bd. 34, Nr. 61, S. 969 fg.

3) Siehe Gruchot, Beiträge. Bd. 29, Nr. 70, S. 898 fg.

4) Gesetz, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883, §§ 6 bis 12. Dernburg, Preuss. Priv. Recht, Bd. 3, § 160 IIIa, S. 472.

Abteilung“ erste Hauptspalte „Dauernde Lasten und Einschränkungen des Eigentums“ einzutragen und wird etwa so lauten: „Die notwendige Subhastation ist eingeleitet. Eingetragen am . . .“

Der Sperrvermerk für eine Nachlass-Hypothek oder -Grundschild ist in die „Dritte Abteilung“, zweite Hauptspalte „Veränderungen“, Unterspalte „Eintragungen“ zu schreiben, z. B. „Für B mit Arrest belegt. Eingetragen am . . .“ Analog geschieht die Eintragung in der zweiten Abteilung bei Dauernden Lasten und Einschränkungen des Eigentums.

4. Die Restitution des Fideikommisses.

Die Restitution des Ueberrestes der Erbschaft ist bedingt durch den Erwerb der Erbschaft durch den Fiduciar. Weigert sich der Fiduciar die Erbschaft anzutreten, so kann der Fideikommissar klagen. Ist der Fiduciar zur Abgabe der Antrittserklärung verurteilt, so gilt gemäss § 779 der C. P. O. die Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Nach dem Tode des Fiduciars hat dessen Erbe den Ueberrest der Erbschaft dem Fideikommissar zu restituieren. Kommt derselbe seiner Verpflichtung nicht nach, so kann der Fideikommissar ihn belangen. Mit der rechtskräftigen Verurteilung gilt die Restitutionserklärung gemäss obenbenanntem § 779 der C. P. O. als abgegeben. Der Gerichtsstand für solche Klagen ist der des § 28 Abs. 1 der C. P. O.¹⁾.

Ausnahmsweise ist eine Restitution nicht nötig; wenn der Fideikommissar nämlich kraft Gesetzes die Erbschaft erlangt. Dies ist der Fall, wenn der Fiduciar vor dem Erblasser verstirbt oder nach dem Tode des Erblassers nicht aufzufinden ist, oder wenn er zwar nach demselben

1) Vgl. Entsch. des R. G. Bd. 3, S. 380.

verstirbt, jedoch einen Erben nicht hinterlässt. Der Fideikommissar ist hier zugleich Vulgarsubstitut.

Gegenstand der Restitution ist der Ueberrest der Erbschaft. Streitig ist, ob der Miterbe, welchem die Restitution des Ueberrestes seiner Quote auferlegt ist, auch den Ueberrest der ihm zufallenden Akkreszensportion herauszugeben hat. Man darf dies wohl nicht annehmen, da es dem Willen des Erblassers nicht entsprechen würde.

Ist dem Fiduciar ein Prälegat vermacht, so ist es, soweit er es als Erbe empfängt, gemäss l. 19 (18) § 3 D. ad SC Trebell. 36,1 ungiltig und daher herauszugeben.

Der Erbe des Fiduciars kann nicht einwenden, der Fiduciar habe Aufwendungen auf die Fideikommissgegenstände gemacht und von seinem eigenen Vermögen zugesetzt. Solche Aufwendungen darf er nicht etwa abziehen. Der Fiduciar hatte die Befugnis, die Erbschaft bis zu einem Viertel zu verbrauchen und zu veräussern. Hat er von dieser weitgehenden Befugnis keinen Gebrauch gemacht, vielmehr vom eigenen Vermögen noch zugesetzt, so ist das Zugesetzte ins Fideikommissvermögen übergegangen und gehört zu dem herauszugebenden Ueberrest¹⁾.

Hat der Fiduciar den Nachlass unversehrt gelassen, so soll sein Erbe das Ersparnis über den Bestand des Nachlasses hinaus zurückbehalten dürfen²⁾. Diese Bestimmung der l. 60 (58) § 7 D. ad SC Trebell. 36,1 ist durch die Novelle nicht berührt worden.

Der Erbe des Fiduciars kann vom Fideikommissar verlangen, dass er die durch Konfusion untergegangenen

1) Vgl. Seuffert, Blätter f. Rechtsanw. Bd. 13, S. 221; Derselbe, Prakt. Pand.-Recht Bd. 3, § 641, S. 338, Note 11; Hommel, a. a. O. Obs. 659, S. 274.

2) Dr. C. Fr. F. Sintenis. Das praktische gemeine Civilrecht. Leipzig 1861. Bd. III, § 220, S. 471.

Forderungen des Fiduciars gegen den Erblasser wieder herstelle. (Siehe Digestenrecht).

5. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution.

Die Stellung des Fideikommissars nach der Restitution ist durch die Novelle nicht berührt worden, richtet sich also nach dem Rechte der Digesten. Der Fideikommissar ist mittelbarer Universalsuccessor des Erblassers — *heredis loco*. Ueber seine Klagbefugnis siehe ebenfalls das klassische - römische Recht.

Vom Erben des Fiduciars ist ein Inventar aufzunehmen, was von der Erbschaft noch vorhanden ist, auch wenn dem Fiduciar die Errichtung eines solchen erlassen war¹⁾. Dem Fiduciar ist es nicht benommen, seinerseits anderweit nachzuweisen, welche Gegenstände zur Erbschaft gehören und herauszugeben sind. Alles was der Fiduciar in seinem Leben veräußert, verschenkt, verzehrt oder ins eigene Vermögen verwendet hat, braucht nicht restituirt werden, falls das letzte Viertel unversehrt ist. Alle noch vorhandenen Früchte, Zinsen und Accessionen, z. B. der im Nachlassgrundstück gefundene Schatz, sind herauszugeben. Ist mehr als ein Viertel übriggeblieben, so darf das Mehr nicht zurückbehalten werden, und der Erbe des Fiduciars kann auch nicht etwa verlangen, dass mit diesem die vom Fiduciar nach dem Tode des Erblassers kontrahirten Schulden bezahlt werden²⁾.

Ob dem Fideikommissar ein Viertel gemäss Novelle

1) Hommel a. a. O. Obs. 659, S. 267 fg.; Seuffert Prakt. Pand.-Recht, Bd. III, § 641, Note 11, S. 338.

2) G. E. von Rüling, Hundertundachtzehn Entscheidungen des Churhannöverschen Ober-Appellations-Gerichts zu Celle. Celle 1805. Nr. 38; und v. Holzschuher, a. a. O. S. 1089, 1090; Fusarius, a. a. O., quaest. 545, Nr. 38, S. 754; Hagemann a. a. O. S. 232, 234.

108 vorschriftsmässig übriggeblieben ist, ergibt sich aus dem Vergleiche des Vermögensbestandes zur Zeit des Todes des Erblassers mit dem zur Zeit des Todes des Fiduciars. Es muss das Vierteil der Erbschaft im Ganzen vorhanden sein; der Fideikommissar kann nicht etwa den vierten Teil eines jeden einzelnen Nachlassgegenstandes beanspruchen. Der Fiduciar kann die zu restituierende Quart bilden, wie er will, wenn sie nur in ihrem Werte dem vierten Teile des Wertes der Erbschaft zur Zeit des Erblassers gleichkommt. Demnach stand dem Fiduciar frei, die Erbschaft völlig zu verbrauchen und das (letzte) Vierteil aus dem eigenen Vermögen zusammenzustellen.

Ergibt sich, dass weniger als ein Vierteil der Erbschaft vom Fiduciar hinterlassen worden ist, ohne dass einer der in der Novelle 108 Kap. 1 aufgezählten Gründe vorgelegen hat, so kann der Fideikommissar von dem Erben des Fiduciars aus dessen Vermögen mit der persönlichen Klage *Ersatz* des Viertels verlangen: Nov. 108 Cap. 2: *Si tamen aliquid expenderit, habens unde supplementum faciat: ex illo suppleri quartam, et per nullam causam hanc minui.* Ist der Erbe des Fiduciars im Stande aus der Erbschaft des Fiduciars oder aus seinem eigenen Vermögen wirklich das Viertel zu ersetzen, so hat es hierbei sein Bewenden. Er muss aus seinem eigenen Vermögen das Fehlende am Viertel decken, wenn er ohne die Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat und die Erbschaftsmasse des Fiduciars nicht ausreicht.

Ist der Erbe mit der persönlichen Klage belangt worden und zeigt es sich, dass derselbe nicht in der Lage ist, Ersatz für den Werth des vierten Teiles der Erbschaft zu beschaffen, so hat Justinian für diesen Fall, also eventualiter, in der Novelle 108 Kap. 2. dem Fideikommissar die *rei vindicatio utilis* und die *actio hypothecaria* gegeben:

Si vero contigerit quartam, et non habeat ad supplementum aliam substantiam: tunc damus ei et contra emptores, aut aliter accipientes res, in rem et hypothecas ex auctoritate huius legis, ut liceat complere sibi fideicommissum ex rerum vindicatione, hoc quod in legatis iam dedimus, et ex Constitutione in rem ei donantes, ex fideicommissi persecutionem.

Nur in dem Falle, dass der Erbe des Fiduciars nicht Ersatz leisten kann, hat der Fideikommissar die in rem actio gegen den Erwerber der Sachen, welche zum letzten Viertel gehörten und durch deren Veräußerung der Fiduciar das letzte Viertel angegriffen hat. Die actio hypothecaria hat der Fideikommissar betreffs der Sachen, welche dem Fiduciar frei zur Verfügung standen, welche also die drei Vierteile der Erbschaft bildeten. Dies ist aus der l. 1 C. comm. de leg. et fid. 6,43 zu schliessen, auf welche in der Nov. 108 cap. 2 hingewiesen ist. Diese Klagen sind aber erst nach stattgehabter Restitution gegeben, weil sich dann erst herausstellt, ob das letzte Viertel angegriffen ist¹⁾. Meist wird es freilich nicht nötig sein, diese Klagen anzustrengen, da der Fideikommissar Cautionsbestellung in Höhe eines Viertels der Erbschaft bei dem Erbschaftsantritt des Fiduciars verlangen kann und daher gegen Benachteiligung gesichert ist. Durch die Novelle soll der Fideikommissar auch für den Fall geschützt werden, wenn er sich durch Caution nicht gesichert hat²⁾.

1) Siehe Seuffert, Prakt. Pand.-Recht, Bd. III, § 641, Note 11, S. 338; A. Bolze, die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig 1886. Bd. 2, No. 1257, S. 325; anders Mylius a. a. O. cap. V, nro. 37.

2) Vgl. Lauterbach a. a. O., lib. 36, 1, § 22, S. 963; Westphal a. a. O. Teil II, § 1678, S. 1151; Seuffert, das gesetzl. Veräuss. - Verbot, § 18, S. 115 fg.

Allgemein anerkannt ist das Recht des Fiduciar-Erben auf Abzug der Trebellianischen Quart. Siehe das Digestenrecht ¹⁾).

Bestritten ist, ob nach dem heute geltenden Recht der Fiduciar, welcher Noterbe ist, ausser seinem Pflichtteil noch die Trebellianische Quart abziehen darf. Nach römischem Rechte war jedenfalls der zwiefache Abzug nicht statthaft ²⁾. Nov. 1, cap. 1, § 1. Puchta (Vorl. § 551) meint, der Fiduciar könne als Erbe die Quart als sein Erbteil abziehen und als Noterbe ausserdem noch soviel fordern, als sein Pflichtteil die Quart übersteigt. Nun enthalten aber die gesetzlichen Bestimmungen über das Fideikommiss auf den Ueberrest keine Bestimmungen, wonach der Abzug der Quart und des Pflichtteils bei solchen Fideikommissen für ausgeschlossen zu halten wäre. Es ist daher von den meisten angenommen worden, dass der Fiduciar beides als völlig unbeschränktes und unbeswertes Eigentum fordern kann. Dies hat im kanonischen Rechte, cap. 16. 18 X de testam. 3,26, Bestätigung erhalten ³⁾. Hat der Erblasser ausser dem Fideikommiss auf den Ueberrest noch andere Legate angeordnet, so muss der Pflichtteil und die Trebellianische Quart des Fiduciars bzw. dessen Erben auch von solchen frei bleiben. Wie bei der Trebellianischen Quart müssen auch in den Pflichtteil alle Ersparnisse, Früchte und Ausgaben eingerechnet werden.

1) Vgl. noch Seufferts Archiv, Bd. 17, 74.

2) Vgl. l. 24 C. fam. ercisc. 3,36; l. 10 C. ad leg. Falc. 6,50.

3) Vgl. Pufendorf, Observationen II, 82; Mylius a. a. O. cap. III, nro. 4 und 5; L. Volkmar, die Jurisprudenz des Rheinischen Kassationshofes zu Berlin. Berlin 1848. S. 81, 82; Seuffert, Prakt. Pand.-Recht, Bd. III, § 653; Seufferts Archiv, Bd. 2, 209.

D. Die übrigen in Deutschland geltenden Rechte.

1. Allgemeines.

Wir haben die Regelung des Fideikommisses auf den Ueberrest im römischen und gemeinen Rechte erörtert und werden nunmehr besprechen, wie die übrigen in Deutschland geltenden Rechte sich zu der Frage stellen. Das Institut des „Fideikommisses auf den Ueberrest“ oder, wie es jetzt gewöhnlich heisst, „Fideikommissarische Substitution,“ oder „Nacherbschaft auf den Ueberrest“ ist von den meisten modernen Gesetzgebungen aufgenommen, oder wenigstens nicht verboten.

Die wichtigste Aenderung in diesen Rechten ist, dass der Grundsatz „semel heres semper heres“ aufgegeben worden ist. Selbst Justinian hielt an diesem Grundsatz noch fest. Der Fiduciar, welcher die Erbschaft angetreten hatte, blieb wahrer und alleiniger Erbe auch nach der Restitution. Um diesen der späteren Zeit nicht mehr entsprechenden Grundsatz zu umgehen und den Fideikommissar in die Stellung des Erben — *heredis loco* — zu bringen, bedurfte es besonderer Rechtshülfen, der Senatuskonsulte. Diese sind ein wunderbares Denkmal römischen Scharfsinns, welcher es verstand, das alte Recht, welches sich überlebt hatte, umzubilden und, ohne mit den althergebrachten Rechtsgrundsätzen zu brechen, den Bedürfnissen der neuen Zeit anzupassen. Die neueren Gesetzgebungen erkennen den römischen Rechtsgrundsatz nicht mehr an. Sie lassen eine Erbeseinsetzung auf Zeit zu, sodass der Fiduciar — Vorerbe — mit der Restitution aufhört, Erbe zu sein, und der Fideikommissar — Nacherbe — wahrer Erbe mit allen Rechten und Pflichten des

Vorerben wird. Diese Regelung der Nacherbfolge findet sich im Preussischen Allgemeinen Landrecht und im Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch, welchem sich das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen anschliesst.

Ferner ist bei der Nacherbfolge auf den Ueberrest die Justinianische unzweckmässige Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Fiduciars auf drei Vierteile der Erbschaft fortgefallen und haben sich die Gesetzgebungen wieder dem Rechte der Digesten genähert.

Unsere Aufgabe ist es nicht, die einzelnen Rechte genauer zu erörtern, sondern dasjenige, was in den Rechten über unsere Frage gesagt ist, kurz zusammen zu stellen.

2. Das Preussische Recht.

Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten regelt die „Fideikommissarische Substitution auf den Ueberrest“ im Teil II, Titel 12, §§ 468 fg.

Eine derartige Substitution kann vom Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend angeordnet werden. Eine Anordnung letzter Art ist dann anzunehmen, wenn der Testator dem Substituten ausdrücklich verboten hat, auf Vorlegung eines eidlich zu bestärkenden Privatinventars anzutragen; § 471 I, 12. A. L. R.

Das Recht des Vorerben ist ein, wenn auch gesetzlich beschränktes, so doch immerhin volles und wahres Eigentum¹⁾. Als Eigentümer vertritt der Vorerbe die Erbschaft gerichtlich und aussergerichtlich²⁾. Das Recht des Nacherben an der Erbschaft ist nur persönlicher,

1) Striethorst's Archiv Bd. 9, Nr. 44, S. 211 fg.

2) Striethorst's Archiv Bd. 9, Nr. 23, S. 99.

nicht dinglicher Natur¹⁾. Durch Eintragung in das Grundbuch erhält das beschränkende Recht dinglichen Charakter²⁾. Das Recht auf den künftigen Nachlass hat der Nacherbe dadurch erworben, dass er den Tod des Erblassers erlebt hat. Dieses Recht vererbt er auf seinen Erben weiter, auch wenn er den Eintritt des Substitutionsfalles nicht erleben sollte. Er kann es auch vor dem Tode des Vorerben veräußern im Wege des Erbschaftskaufes³⁾.

Der eingesetzte Vorerbe darf nicht von Todeswegen über den Nachlass verfügen, also auch nicht durch einen Erbvertrag, § 468, I, 12.

Seine Verfügungsbefugnis unter Lebenden über die mit der Substitution belegte Substanz ist sehr weitgehend. Die Justinianische Beschränkung auf $\frac{3}{4}$ der Erbschaft ist aufgehoben, da Teil I, Titel 12 Sitz der Materie ist. Der Vorerbe darf titulo oneroso den ganzen Nachlass veräußern. Der Nacherbe hat kein Recht, solchen Verfügungen des Vorerben zu widersprechen oder sie anzufechten, oder nach Eintritt des Substitutionsfalles das Erworbene von Dritten zurückzufordern. Deshalb können auch die Gläubiger des Vorerben bis zum Eintritt des Substitutionsfalles unbehindert aus der gesamten Erbschaftssubstanz ihre Befriedigung suchen. Gesetzlich untersagt ist dem Vorerben, durch Schenkungen, die auf blosser Freigebigkeit beruhen, das Recht des Substituten zu vereiteln, § 469. I. 12. Renumeratorische Schenkungen gehören nicht zu den bloss freigebigen⁴⁾. Hat der Vorerbe der

1) Striethorst's Archiv Bd. 65, Nr. 11, S. 41 fg; Entscheid. des R. G. Bd. 16, 40.

2) Striethorst's Archiv Bd. 82, Nr. 3, S. 8 fg.

3) Entsch. des R. G. Bd. 33. S. 297; Striethorst's Archiv, Bd. 96. S. 368.

4) Entsch. des R. G. Bd. 27, S. 220.

Bestimmung des § 469 zuwider Schenkungen vorgenommen, so kann der Nacherbe diese anfechten und das Geschenkte zurückfordern. Hat der Beschenkte sich in gutem Glauben befunden, so braucht er nur das zurückerstatten, um was er zur Zeit der Klageerhebung bereichert ist. Bestritten ist, wann der Nacherbe dieses Recht geltend machen kann. Korn¹⁾ meint, der Nacherbe brauche mit der Anfechtung nicht zu warten, bis der Substitutionsfall eintritt. Denn das Verbot, dergleichen Schenkungen zu machen, ist, sagt er, eine Dispositionsbeschränkung des Letzteren, die von Anfang an seinem Rechte anhaftet und dem Nacherben ein Untersagungs- und Einspruchsrecht von dieser Zeit an gewährt. Dem tritt Dernburg²⁾ mit Recht entgegen. Erst nach Eintritt des Substitutionsfalles ist der Nacherbe berechtigt, unstatthafte Schenkungen anzufechten und das Verschenkte vom Beschenkten, wie von jedem dritten Erwerber zurückzuverlangen. Es würde sonst der Nacherbe auf den Ueberrest besser gestellt sein als der einfache Nacherbe. Unbenommen ist jedoch dem fideikommissarischen Substituten, durch einstweilige richterliche Verfügungen oder durch Einleitung einer Zwangsverwaltung sich schützen zu lassen.

Ein Recht auf Kauti o n hat er nicht, da er nicht die Restitution einer bestimmten Quantität fordern kann. § 472. I. 12 bezieht sich auf einfache fideikommissarische Substitutionen, nicht aber auf solche auf den Ueberrest³⁾.

Sehr bestritten ist die Frage, ob bei der fideikommissarischen Substitution auf den Ueberrest der Vorerbe

1) L. Korn, das Güterrecht und Erbrecht der Eheleute nach dem brandenburgischen Provinzialrechte. Berlin und Leipzig 1880. S. 240.

2) Lehrbuch des Preuss. Priv. Rechts, Bd. 3, § 160 III b, S. 472.

3) Vgl. Gruchot, Beiträge, Bd. 34, Nr. 61, S. 969 fg.

in dem Falle, dass der Testator nichts darüber ausdrücklich angeordnet hat, zur Errichtung eines Inventars und zu dessen eidlicher Bestärkung verpflichtet ist. Der Streit beruht auf der Frage, ob der § 470. I. 12 auch für den Fall der Nacherbschaft auf den Ueberrest gilt. Das Obertribunal hat in der Sitzung vom 20. Juni 1856¹⁾ dahin entschieden, dass der Vorerbe mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 471. I. 12 nicht für verpflichtet erachtet wird, ein Inventarium des Nachlasses des substituierenden Erblassers nach seinen Bestandteilen beim Tode desselben vorzulegen. Nach der Ansicht des Gerichtshofes kann es ausserdem auf die Feststellung des ursprünglich vorhanden Gewesenen garnicht ankommen, weil der eingesetzte Erbe die freie Verfügungsbefugnis zu seinen Lebzeiten hat, und ist die Anfechtung unstatthafter Schenkungen von einem Inventar unabhängig. Dieser Entscheidung schliessen sich an H. Rehbein und O. Reincke²⁾ und Koch³⁾. Sie ist jedoch recht bedenklich. Wenn § 471. I. 12 zwar bestimmt, dass im Falle des Verbots der Inventarslegung durch den Testator die Anordnung der Nacherbschaft auf den Ueberrest anzunehmen sei, so kann nicht umgekehrt geschlossen werden, dass im Falle der Anordnung der Nacherbschaft auf den Ueberrest durch den Testator die Inventarslegung verboten sei. Ein glaubwürdiges Inventar ist das Hauptmittel zur Durchführung des Rechtes des Nacherben, und ist daher im Zweifel dem Nacherben nicht zu versagen. Nur ein Inventar kann ihm einen sicheren Anhalt gewähren, ob noch etwas, wo-

1) Striethorst's Archiv, Bd. 21, Nr. 70, S. 228.

2) H. Rehbein und O. Reincke. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Berlin 1894. Bd. 2, Note 129 zu § 468, I, 12.

3) Koch a. a. O. Bd. 2, Note 80 zu § 471, S. 114.

rüber der Vorerbe nicht verfügt hat, und wieviel im Nachlass vorhanden ist, und ob dasjenige, worüber der Vorerbe freigebig verfügt hat, zum Nachlass gehört¹⁾.

Mit Eintritt des Substitutionsfalles hört der Vorerbe auf Erbe zu sein, und der Nacherbe wird wirklicher Erbe des Testators. Der Nacherbe hat daher zur Erlangung des Inbegriffes des Ueberrestes die Erbschaftsklage gegen jeden Besitzer, welcher sein Erbrecht bestreitet, auch gegen den Vorerben (anders das römische Recht) und ferner die Singularklagen.

Den Gegenstand der Restitution bildet nach dem Willen des Erblassers der im Augenblicke des Todes des Vorerben vorhandene Ueberrest.

Der Erbe des Vorerben hat über den Bestand der Erbschaft zur Zeit des Todes des Vorerben ein Inventar zu errichten. Bestreitet der Nacherbe die Richtigkeit oder die Vollständigkeit dieses Inventars, so trifft ihn die Beweislast.

Die Rechte und Verbindlichkeiten des Vorerben gegenüber der Masse, welche in Folge des Erbschaftsantrittes durch Konfusion untergegangen sind, gelangen mit der Restitution an den Nacherben wieder zu Kräften; § 481. I. 16²⁾. Ist dem Vorerben ein Prälegat zugedacht, so behält er es, weil er es nicht als Erbe empfängt, § 460. I. 11.

Hat der Vorerbe Veräußerungen vorgenommen und

1) Scharnweber, der letzte Wille und der Erbvertrag. Potsdam 1861. S. 9 fg.; Korn a. a. O., S. 236 fg.; Dernburg Preuss. Priv.-Recht, Bd. 3, S. 160 III f; Dr. J. A. Gruchot, Preussisches Erbrecht, in Glossen zum Allgemeinen Landrecht. Berlin 1865. Nr. 284, S. 104 fg.

2) Obertribunal, Bd. 16, S. 407; Bd. 28, S. 75; Entsch. des Ob.-Tr. bei Rehbein, Bd. 2. S. 481.

den Kaufpreis in sein Vermögen verwendet oder ausstehende Forderungen eingezogen, so unterliegt dies nicht der Restitution, selbst wenn es bei seinem Tode noch vorhanden sein sollte. Im preussischen Rechte hat also der Satz *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii* keine Geltung¹⁾. Die Forderungen und Nachlassgegenstände jedoch, welche noch unverändert in seinem Besitze sind, müssen herausgegeben werden²⁾.

Verwendungen, welche der Vorerbe auf Nachlasssachen gemacht hat, sind vom Nacherben nicht zu ersetzen, falls der Testator nicht ausdrücklich und schriftlich solche Verbesserungen gestattet hat³⁾.

Früchte und Accessionen, welche dem Vorerben zugeflossen sind, bleiben dessen Erben. Diejenigen Früchte und Zinsen, welche zur Zeit des Todes noch nicht gezogen sind und noch ausstehen, sind zu restituieren, § 467. I. 12; Dernburg⁴⁾ will verhältnismässige Teilung des Ertrages des letzten Jahres eintreten lassen.

Der Vorerbe hat keinen Anspruch auf Abzug der Trebellianischen Quart, da gemäss § 467. I. 12 bei eintretendem Sustitutionsfalle alles Vorhandene „ohne den geringsten Abzug“ herauszugeben ist⁵⁾.

3. Das Sächsische Recht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen behandelt die „Erbanwartschaft auf den Ueber-

1) Vgl. Entsch. d. R. G. Bd. 7, S. 206.

2) Gruchot, Preuss. Erbrecht, Bd. 1 Nr. 285. S. 107 fg.; vgl. aber Dernburg, Preuss. Priv.-Recht, Bd. 3, § 160 III d.

3) Korn a. a. O. S. 248.

4) Pr. Pr. - R. Bd. 3 § 160 III e.

5) Dr. F. Förster und Dr. M. E. Eccius. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. Berlin 1888. Bd. 4, § 275, S. 601.

rest“ in den §§ 2522 bis 2524. Eine derartige Anordnung wird nach § 2522 dann angenommen, wenn der Erblasser die Anwartschaft auf das beschränkt hat, was beim Tode des Erben noch vorhanden sein werde, oder dem Erben sonst die freie Verfügung gestattet hat.

Die Verfügungsbefugnis des Erben ist hier noch ausgedehnter als im preussischen Rechte, indem er nach § 2522 das, was ihm vom Erblasser hinterlassen ist, veräußern, verbrauchen und selbst verschenken kann; er darf aber darüber nicht auf den Todesfall verfügen. Die Justinianische Beschränkung der Novelle 108 ist also auch im sächsischen Rechte nicht aufgenommen. Selbstverständlich kann der Erblasser die Verfügungsbefugnis des Erben beschränken. Ist dem Vorerben die Veräußerung gestattet, „soweit es seine Bedürfnisse erheischen,“ so darf er Nachlasssachen nicht verschenken¹⁾.

Der Erbe ist Eigentümer des Nachlasses, jedoch beschränkt mit Rücksicht auf die Anwartschaft. Daher bestimmt § 2514:

„Sein (des Vorerben) Eigentum ist durch die Anwartschaft beschränkt und ist diese Beschränkung, so weit sie unbewegliche Sachen betrifft, als Verfügungsbeschränkung im Grundbuche einzutragen.“

Die Grundbuch-rechtliche Regelung ist hier anders als im preussischen Recht. Die Anwartschaft ist, ähnlich wie im älteren preussischen Rechte, von Amtswegen gleichzeitig mit dem Eigentumsrechte des Vorerben einzutragen²⁾.

Der § 2523 bestimmt:

1) Annalen des vormaligen Königlichen Ober - Appellations-Gerichts Dresden. Bd. 7, S. 259.

2) S. Hoffmann, das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen. Leipzig 1889, zu § 2522 und § 2514.

„Der Erbe ist in dem im § 2522 angegebenen Falle zur Leistung einer Sicherheit nicht verpflichtet; doch gilt die Vorschrift im § 632.“ Dieser § lautet:

„Sowohl der Eigenthümer als auch der Niessbraucher hat bei einem Niessbrauche am ganzen Vermögen das Recht, die Aufnahme eines durch Namensunterschrift vollzogenen Vermögensverzeichnisses zu verlangen.“ Der Erbe ist also, wie nach preussischem Rechte, zur Inventarisirung, nicht aber zur Kautionsleistung verpflichtet.

Die Frage, was zu dem zu restituirenden Ueberrest gehört, beantwortet der § 2524:

„Stirbt der Erbe, so ist in dem Falle des § 2522 der Anwarter berechtigt, die Herausgabe dessen zu fordern, was von dem Vermögen des Erblassers in Natur oder im Werte noch vorhanden ist.“

Es gilt also der Grundsatz: *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii*. Hierin unterscheidet sich das sächsische Recht vom Justinianischen und preussischen Rechte.

Dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuche schliesst sich im wesentlichen der Grossherzoglich Hessische Entwurf an im Teil III. § 173 fg.

4. Das Bayerische Recht.

Die Bayerische Gesetzgebung enthält über fideikommissarische Substitutionen eine Bestimmung in der Beilage VII zum Titel V der „Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern.“ Diese Beilage enthält das Edikt über Familienfideikomnisse vom 26. Mai 1818, dessen § 109 folgendermassen lautet:

„Jeder Bayerische Unterthan kann durch rechtsgültige Handlungen unter Lebenden oder von Todeswegen

über sein Vermögen so verfügen, dass derjenige, welcher es erhält, verpflichtet ist, dasselbe nach seinem Tode oder in andern bestimmten Fällen dem ernannten Nachfolger zu überlassen.

Eine solche fideikommissarische Substitution erstreckt sich nicht weiter als auf eine Substitution, und hört mit demselben kraft des Gesetzes auf, wenn auch die Disposition das Gegenteil enthalten sollte.

Im Uebrigen sind diese fideikommissarischen Substitutionen nach den Civil-Gesetzen zu beurteilen.“

Das Civil-Gesetz für den grössten Teil Bayerns (Oberbayern, Niederbayern, Oberpfalz) ist der Codex Maximilianus Bavaricus civilis vom Jahre 1756, welcher das gemeine Recht fernerhin nur subsidiär gelten lässt.

Der Codex Max. hat im wesentlichen das gemeine Recht der Novelle 108 beibehalten, indem er im dritten Teil, neuntes Kapitel, § 6 bestimmt:

„13 to: — Der Fiduciarius kann das Fideikommiss nicht alieniren, drei Fälle ausgenommen: . . . drittens, wenn ihm die Restitution nur soweit auferlegt ist, als nach sein des Fiduciarius Tod von der Erbschaft noch übrig ist. Welch letzterenfalls er jedoch

14 to: das Fideikommiss weiter nicht als bis auf den vierten Teil und zwar nur per actum inter vivos, nicht aber mortis causa alieniren darf und wenn er statt derer veräusserten Stücken andere anschafft, so muss es solche allenfalls wieder restituiren.“

Nach den letzten Worten gilt also auch im Codex Max. der Satz: *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii*.

Ferner muss die Fideikommissverlassenschaft inventirt werden. Es bedarf jedoch nicht eines solennen Inventars, sondern nur einer summarischen Beschreibung, deren

Kosten der Fideikommissar trägt, da sie lediglich zu dessen Gunsten geschieht ¹⁾).

5. Das Oesterreichische Recht.

In dem „allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für das Kaiserreich Oesterreich“ findet sich keine Bestimmung über die fideikommissarische Substitution auf den Ueberrest. Daraus ist nicht etwa zu schliessen, dass der Gesetzgeber dieses Rechtsinstitut für unpraktisch ansah oder gar beseitigen wollte. Vielmehr geht aus der Redaktionsgeschichte ²⁾ hervor, dass man die Rechtsverhältnisse bei diesem Institut als so einfach und aus dem Willen des Erblassers so von sich selbst ergebend ansah, dass man eine gesetzliche Regelung nicht für notwendig erachtete. Zu beachten ist, dass die Vorschriften des Teil II, Hauptstück 10, § 608 fg. insbesondere des § 613 dispositiver Natur sind, sodass der Testator bei der fideikommissarischen Substitution die Rechte des Vorerben und den Gegenstand der Restitution nach seinem Ermessen erweitern oder beschränken kann. Ist es zweifelhaft, ob der Erblasser eine einfache fideikommissarische Substitution oder eine solche auf den Ueberrest habe anordnen wollen, so ist gemäss § 614 das letztere anzunehmen. Dieser § lautet: „Ist eine Substitution zweifelhaft ausgedrückt, so ist sie auf eine solche Art auszulegen, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigentum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird.“ Unbestritten ist, dass die Justinianische Bestimmung der Novelle 108 abgeschafft ist. Man wird sich demnach bei der Regelung einer solchen Anord-

1) Frhr. von Kreittmayr, a. a. O., Teil 3, Kap. 9, § 6, Nr. 7.

2) Dr. L. Pfaff und Dr. Fr. Hofmann, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. Wien 1877. Bd. 2, Note 57, S. 253.

nung an den Willen des Testators halten und zu dem Zwecke im wesentlichen die Grundsätze des Vorjustinianischen Rechts anwenden müssen¹⁾).

Der Vorerbe darf demnach *inter vivos* beliebig verfügen, jedoch nicht *mortis causa*. Für dolose Verminderung des Nachlasses, welche auf Vereitelung des Fideikommisses gerichtet ist, ist der Vorerbe aber haftbar. Damit der Nacherbe bei der dereinstigen Durchführung seines Rechtes den Bestand des Nachlasses kenne, muss der Vorerbe ein Inventar errichten. Eine Kautionsleistung kann von ihm nicht gefordert werden. Ferner ist anzunehmen, dass der Grundsatz: *pretium succedit in locum rei etc.* noch Geltung hat.

6. Das Französische Recht.

Fideikommissarische Substitutionen, d. h. letztwillige Verfügungen, durch welche dem Belasteten aufgegeben wird, das vom Erblasser Erhaltene ganz oder zum Teil einer dritten Person zu hinterlassen, sind im Code civil verboten. Wird in einer letztwilligen Verfügung eine derartige Anordnung getroffen, so ist sie demnach sowohl in Beziehung auf den eingesetzten Erben, wie auf den fideikommissarisch Substituirten nichtig. Art. 896:

„Les substitutions sont prohibées.

Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.“

Es fragt sich nun, ob unter dieses gesetzliche Verbot auch das Fideikommiss auf den Ueberrest fällt. Der

1) Dr. J. U n g e r, Das österreichische Erbrecht, systematisch dargestellt. Leipzig 1864. Bd. 3, § 48, Note 14, S. 219.

Art. 896 spricht von Dispositionen, durch welche der eingesetzte Erbe verpflichtet wird, die Nachlassgegenstände zu erhalten und dem mittelbar Bedachten herauszugeben. Als eine solche Disposition kann nicht das Fideikommiss auf den Ueberrest angesehen werden; denn bei der Anordnung dieses Fideikommisses steht dem Fiduciar jede Verfügung über Nachlasssachen unter Lebenden frei, nur soll er nicht von Todeswegen darüber verfügen¹⁾.

Die Befugnis des Fiduciars zu Verfügungen unter Lebenden wird man aus dem Willen des Erblassers entnehmen, jedoch die Befugnis zu dolosen Verminderungen verneinen müssen.

7. Das Badische Recht.

Das badische Recht schliesst sich dem französischen Recht an. Der § 896 des Landrechts für das Grossherzogtum Baden lautet:

„Aftererbsetzungen sind verboten.

Jede Verfügung, welche einem Geschenknehmer, Erbnehmer, oder Erbstücksnehmer auferlegt, einem Dritten etwas aufzubewahren, und ihm zurückzuliefern, ist für sie unverbindlich²⁾.“

Auch hier ist jedenfalls das Fideikommiss auf den Ueberrest als unter dieses Verbot fallend nicht anzusehen und daher rechtsbeständig.

1) Zachariä von Lingenthal und Dr. C. Crome. Handbuch des französischen Civilrechts. Freiburg i. B. 1895. (8. Aufl. besorgt Crome) Bd. 4, § 705, S. 373 fg. und die dort in Note 23 angegebenen Schriftsteller.

2) Vgl. Entsch. des R. G., Bd. 18, S. 328.

E. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich.

Wir haben nun die verschiedenartige Regelung des Institutes des Fideikommisses auf den Ueberrest in den Particularrechts-Gebieten Deutschlands betrachtet und werden zum Schluss besprechen, wie sich zu der Frage das bürgerliche Gesetzbuch vom 18. August 1896 stellt. Dasselbe regelt das Institut der Nacherbfolge auf den Ueberrest im fünften Buche „Erbrecht“ im dritten Teil „Einsetzung eines Nacherben“ in den §§ 2137 und 2138¹⁾.

Die Anordnung einer derartigen Nacherbfolge kann so geschehen, dass „der Erblasser den Nacherben auf dasjenige einsetzt, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbfolge übrig sein wird;“ oder dass „der Erblasser bestimmt, dass der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein soll.“ § 2137 Abs. 1 und 2.

Die Bestimmungen über die rechtliche Stellung des Vorerben bis zum Eintritt der Nacherbfolge schliessen sich keinem der bestehenden Rechte völlig an. Im wesentlichen sind jedoch die Grundsätze des preussischen und sächsischen Rechts zur Geltung gebracht. Die Justinianischen Vorschriften der Novelle 108 sind nicht aufgenommen worden.

Hat der Erbe (Vorerbe) die Erbschaft nach Eintritt des Erbfalles angenommen (§ 1946), so geht sie auf den Erben über (1942). Er ist nun Eigentümer der Erb-

1) Erster Entwurf §§ 1839 — 1841. Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich; Berlin 1896, 2. Aufl., Bd. V, S. 128 fg.

schaftssachen, Gläubiger der Nachlassforderungen und Schuldner der Nachlassverbindlichkeiten (§ 1967).

Die Verfügung von Todeswegen über den Nachlass steht dem Vorerben nach dem Willen des Erblassers nicht zu.

Unter Lebenden kann er über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände frei verfügen, soweit im Gesetze zu Gunsten des Nacherben nicht etwas Anderes bestimmt ist (§ 2112). Solche Beschränkungen sind für die volle Nacherbfolge in den §§ 2113 bis 2135 aufgezählt. Für die Nacherbfolge auf den Ueberrest gilt jedoch gemäss § 2137 Abs. 1 die Befreiung von allen im § 2136 bezeichneten Beschränkungen und Verpflichtungen als angeordnet. Andererseits darf der Erblasser dem Vorerben nicht derartige Schranken auferlegen, welche eine ordnungsmässige Verwaltung des Nachlasses hindern würden. Daher kann der Vorerbe, falls zur ordnungsmässigen Verwaltung eine Verfügung erforderlich ist, die der Vorerbe nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann, vom Nacherben gemäss § 2120 verlangen, dass derselbe seine Einwilligung zu der Verfügung erteile. Die Einwilligung ist auf Verlangen in öffentlich beglaubigter Form zu erklären. Die Kosten der Beglaubigung fallen dem Vorerben zu Last.

Für die Verwaltung des Nachlasses ist der Vorerbe dem Nacherben in der Regel nicht verantwortlich. Der Vorerbe hat also ein Verwaltungsrecht, nicht aber regelmässig eine Verwaltungspflicht.

Das Verfügungsrecht des Vorerben gestaltet sich im einzelnen folgendermassen ¹⁾: Er darf auch über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück frei verfügen, ohne

1) G. Eichhorn, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang I, Nr. 11, Berlin den 1. Juni 1896. S. 213.

dass dem Nacherben ein Einspruchsrecht oder Anfechtungsrecht zusteht (§ 2113 Abs. 1).

Unwirksam ist dem Nacherben gegenüber eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechen erfolgt¹⁾. Solche Verfügungen würden dem Wesen der Nacherbfolge widersprechen, und kann daher nicht einmal der Erblasser diese Befugnis einräumen²⁾. Ausgenommen sind Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, z. B. Gelegenheitsgeschenke (§ 2113 Abs. 2 und 3).

Auch ohne Einwilligung des Nacherben steht dem Vorerben die Kündigung und Einziehung einer Hypothekenforderung, einer Grund- oder Rentenschuld zu, und können Kapitalien an ihn gezahlt werden (§ 2114).

Inhaberpapiere kann der Vorerbe auf seinen Namen umschreiben oder in Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat umwandeln lassen, ohne dass der Nacherbe es beanstanden kann (§ 2117).

Gehören zur Erbschaft Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat, so kann der Nacherbe nicht verlangen, dass der Vorerbe in das Schuldbuch den Vermerk eintragen lasse, dass Letzterer über die Forderungen nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann (§ 2118).

Geld, das nach den Regeln einer ordnungsmässigen Wirtschaft dauernd anzulegen ist, kann der Vorerbe nach seinem Gutdünken anlegen. Er braucht dabei nicht die

1) Vgl. Dr. E. Strohal, das Deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896. Berlin 1896, S. 38 und 39.

2) Vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896. S. 417.

für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften beobachten (§ 2119).

Auf Verlangen des Nacherben muss der Vorerbe ein Verzeichnis (Inventar) der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände aufstellen. Näheres über die Mitteilung des Verzeichnisses enthält § 2121.

Sowohl dem Vorerben, als auch dem Nacherben steht das Recht zu den Zustand der zur Erbschaft gehörenden Sachen auf eigne Kosten durch Sachverständige feststellen zu lassen (§ 2122).

Der Vorerbe ist nicht verpflichtet, dem Nacherben über den Bestand der Erbschaft Auskunft zu geben; selbst dann nicht, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass er durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt (§ 2127).

Selbst wenn durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet ist, kann doch der Nacherbe nicht Sicherheitsleistung verlangen (§ 2128). In Folge dessen kann der Nacherbe auch nicht die Entziehung der Verwaltung fordern (§ 2129).

Betreffs des Eintrittes der Nacherbfolge stellt das B. G. B. im § 2109 Abs. 1 einen neuen Grundsatz auf. Durch die Anordnung einer Nacherbfolge soll die Erbschaft nicht auf ungewisse Zeit hinaus dem freien Verkehr entzogen werden. Aus diesem Grunde bestimmt das B. G. B., dass die Einsetzung eines Nacherben in der Regel mit dem Ablaufe von 30 Jahren nach dem Erbfall unwirksam wird, falls nicht vorher der Fall der Nacherbfolge ein getreten ist.

Tritt vor Ablauf von 30 Jahren der Fall der Nacherbfolge ein, so hört der Vorerbe auf Erbe zu sein, und

die Erbschaft fällt, soweit sie noch vorhanden ist, ohne weiteres dem Nacherben an; § 2139.

Es ist nicht notwendig, dass der eingesetzte Nacherbe den Fall der Nacherbfolge erlebt. Vielmehr geht sein Recht, falls er vor dem Eintritt der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritte des Erbfales stirbt, auf seine Erben über, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist; § 2108.

Der Nacherbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist. Sie verbleibt dann dem Vorerben, falls der Erblasser nicht ein anderes bestimmt hat; § 2142.

Die in Folge des Antrittes der Erbschaft seitens des Vorerben durch Konfusion erloschenen Rechtsverhältnisse gelten mit Eintritt der Nacherbfolge als nicht erloschen; § 2143.

Die Herausgabepflicht des Vorerben beschränkt sich auf die bei ihm noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände, § 2138 Abs. 1 Satz 1, ohne Rücksicht, ob er ordnungsmässig verwaltet hat oder nicht (§ 2130). Der Vorerbe braucht in keiner Weise Rechenschaft abzulegen (§ 2130 Abs. 2) und ist von jeder Haftung befreit (§ 2131), selbst wegen grober Fahrlässigkeit.

Veränderungen und Verschlechterungen von Erbschaftsachen hat der Vorerbe nicht zu vertreten, selbst wenn sie durch ordnungswidrige Benutzung herbeigeführt werden (§ 2132).

Zieht der Vorerbe Früchte den Regeln der ordnungsmässigen Wirtschaft zuwider oder zieht er deshalb Früchte im Uebermasse, weil dies in Folge eines besonderen Ereignisses notwendig geworden ist, so gebührt ihm bei der Nacherbfolge auf den Ueberrest der Wert der Früchte in unbeschränktem Masse (§ 2133).

Hat der Vorerbe einen Erbschaftsgegenstand für sich

verwendet, so ist er nach dem Eintritte der Nacherbfolge dem Nacherben gegenüber zum Ersatz des Wertes nicht verpflichtet (§ 2134).

Der Vorerbe trägt im Verhältnisse zu dem Nacherben die gewöhnlichen Erhaltungskosten, nicht aber die ausserordentlichen Lasten, § 2126. Andere Aufwendungen, die der Vorerbe zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach erforderlich halten darf, kann er aus der Erbschaft bestreiten. Bestreitet er sie aus seinem Vermögen, so kann er vom Nacherben Ersatz verlangen, § 2125. Der Vorerbe ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er eine Erbschaftssache versehen hat, wegzunehmen.

Für Verwendungen auf Gegenstände, die der Vorerbe nicht herauszugeben braucht, kann derselbe nicht Ersatz verlangen, § 2138, Abs. 1, Satz 2.

Hat der Vorerbe unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von ihm erteilten Schenkungsversprechen über einen Erbschaftsgegenstand verfügt oder hat er in der Absicht, den Nacherben zu benachteiligen, vermindert, so ist er dem Nacherben zum Schadensersatze verbunden. § 2138 Abs. 2¹⁾. Durch diese Bestimmung wird der Nacherbe vor einem Missbrauch des freien Verfügungsrechtes des Vorerben hinreichend geschützt. Auf Grund des Inventars wird er meist solche Verminderungen nachweisen können.

Denselben Zweck, den Nachlass möglichst dem Nacherben zu erhalten, verfolgt die Bestimmung des § 2115, deren Anwendung selbst eine anderweite Anordnung des Erblassers nicht ausschliessen kann. Eine Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangs-

1) Strohal a. a. O. S. 39.

vollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgte, ist dem Nacherben gegenüber insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Es soll der Nachlass vor dem Zugriff der Gläubiger des Vorerben möglichst geschützt werden.

Besteht beim Eintritte der Nacherbfolge noch ein Miet- oder Pachtverhältnis, welches der Vorerbe als Vermieter bzw. Verpächter eingegangen ist, so finden gemäss § 2135 die Vorschriften des § 1056 entsprechende Anwendung.

Mit dem Eintritte der Nacherbfolge erlischt die Haftung des Vorerben für die Nachlassverbindlichkeit, da er aufhört, Erbe zu sein. Seine Haftung für Nachlassverbindlichkeiten bleibt jedoch insoweit bestehen, als der Nacherbe nicht haftet, § 2145. Das ist z. B. der Fall bei Vermächtnissen, die allein dem Vorerben auferlegt sind. Die Haftung bleibt auch für diejenigen Nachlassverbindlichkeiten bestehen, welche im Verhältnisse zwischen dem Vorerben und dem Nacherben dem Vorerben zur Last fallen.

Schlusswort.

Damit wären wir am Ende unserer Aufgabe angelangt. Wir haben gesehen, in welcher Weise die Gesetzgebungen das Institut des Fideikommisses auf den Ueberrest geregelt haben, und wollen nun zum Schluss den Gang der Rechtsentwicklung dieses Institutes noch kurz überblicken.

Die Entscheidung eines Papinian und Ulpian, der Fideuciar solle den Nachlass nicht *intervertendi fideicommissi gratia* benutzen, und die aus der Erbschaft gemachten Ausgaben verhältnismässig auf das eigene und das Fidei-

kommissvermögen verteilen, entsprach sicherlich voll und ganz dem Willen des Erblassers, wie dem Rechtsgefühl. Freilich ist schwer nachzuweisen, ob der Fiduciar intervertendi fideicommissi causa Ausgaben gemacht hat oder nicht, und wird ferner die verhältnissmässige Verrechnung der Ausgaben meist mit Schwierigkeiten verbunden und lästig sein. Es ist daher nicht zu verkennen, dass die einschneidende Aenderung Justinians die praktische Durchführung des Instituts wesentlich erleichtert hat, indem nach der Novelle 108 der Fiduciar frei über $\frac{3}{4}$ des Nachlasses verfügen kann, das letzte Viertel aber unversehrt dem Fideikommissar restituiren muss. Mit Hülfe des vom Fiduciar zu errichtenden Inventars wird bei dessen Tode leicht festzustellen sein, ob das letzte Viertel vorhanden ist, und werden somit viele Streitigkeiten beseitigt, welche die Entscheidung der klassischen Juristen notwendig herbeiführen musste. Im übrigen ist die Entscheidung des Kaisers entschieden ein grosser Missgriff. Dem Fiduciar steht es nun frei, die Erbschaft bis auf ein Viertel zu vernichten, zu vergeuden oder sonst dem Fideikommissar zu entziehen. Vor solchen Machinationen ist der Fideikommissar in keiner Weise geschützt, da der Fiduciar ein volles Recht zu derartigen Handlungen hat. Die Bestimmung der Novelle widerstreitet dem Rechtsgefühl und dem Willen des Erblassers, welcher dem Fiduciar wenn auch die freie, so doch keinesfalls ruchlose Benutzung seines Nachlasses zukommen lassen wollte.

Dies haben die modernen Gesetzgeber erkannt. Kein Gesetzeswerk, ausser dem Codex Maximilianeus, hat die Justinianische Missgestalt aufgenommen.

Es ist zu bewillkommen, dass der Gesetzgeber des bürgerlichen Gesetzbuches sich dem preussischen und sächsischen Rechte im wesentlichen angeschlossen hat,

Hierdurch werden auch diejenigen, welche noch jetzt nach anderthalb Jahrtausenden von der Bestimmung der Novelle beherrscht werden, in die glückliche Lage versetzt, unter einem vernünftigen Rechte leben zu können. Leider hat jedoch im Gesetzbuch das Institut nicht die Stellung äusserlich bekommen, welche es verdient. In Rom kam das einfache Fideikommiss wohl bei weitem häufiger vor als das fideikommissum eius quod supererit. Heute ist es umgekehrt. Die Nacherbfolge auf den Ueberrest ist die häufigste Erscheinung der Nacherbfolge. Dies hat der Gesetzgeber verkannt, indem er die Nacherbfolge auf den Ueberrest als Unterart der vollen Nacherbfolge behandelt und ihr nur zwei Paragraphen widmet, die §§ 2137 und 2138. Im einzelnen soll nach § 2137 Abs. 1 Rechtens sein, was der § 2136 bestimmt. Dieser Paragraph giebt an, von welchen Beschränkungen und Verpflichtungen der Vorerbe befreit ist, und verweist wieder auf eine Anzahl Paragraphen, welche von der vollen Nacherbfolge handeln. Man muss also die Bestimmungen, welche bei der Nacherbfolge auf den Ueberrest gelten sollen, erst zusammensuchen. Ein klares Bild dieses Rechtsinstitutes hat das Gesetzbuch nicht gegeben. Es ist dies ein nicht zu leugnender Uebelstand, wenn auch nur ein äusserer. Andererseits ist voll anzuerkennen, dass der Gesetzgeber es mit Meisterhand verstanden hat, den Anforderungen, die an ihn gestellt wurden, gerecht zu werden. Seine Bestimmungen über das im Rechtsleben so wichtige Institut entsprechen dem Rechtsgefühl, wie dem Willen des Erblassers und zeichnen sich durch praktische Anwendbarkeit aus. Möge das grosse Werk die Hoffnungen, welche man an dasselbe knüpft, in reichem Masse erfüllen.

Hammerstein-Gesmold, Karl von

Das Fideikommiss auf den Ueberrest

Göttingen 1896

J.rom.m. 243 nd

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11813311-8